BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

MARCO ANTONIO TERRAGNI

BJA
Biblioteca Jurídica Argentina
Copia Privada para uso Didáctico y Científico.
PROHIBIDA su Venta, Impresión o Distribución

Culpabilidad penal y responsabilidad civil

editorial
HAMMURABI

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CULPABILIDAD PENAL
Y
RESPONSABILIDAD CIVIL

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

MARCO ANTONIO TERRAGNI
Profesor adjunto de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Nacional del Litoral

Culpabilidad penal y responsabilidad civil

editorial
HAMMURABI
Talcahuano 481 1013 - Buenos Aires - 4º Piso - T.E. 35-3586/35-8526

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

©

EDITORIAL HAMMURABI S. R. L.

Talcahuano 481 - 4º Piso - T.E. 35-3586/35-8526
1013 - Buenos Aires

Todos los derechos reservados
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

IMPRESO EN LA ARGENTINA

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ÍNDICE GENERAL

Palabras preliminares 13

INTRODUCCIÓN

§ 1. Responsabilidad penal y responsabilidad civil 15

CAPÍTULO PRIMERO

LA ACCIÓN

§ 2. Introducción 21
§ 3. El concepto causal 26
§ 4. La concepción finalista 32
§ 5. El resultado 34
§ 6. El nexo de causalidad 37
§ 7. Faz negativa: falta de acción 41
§ 8. Movimientos reflejos 42
§ 9. Distinción con causas de inculpabilidad 43
§ 10. Consecuencias civiles 49
§ 11. Fuerza física irresistible 52
§ 12. Consecuencias civiles 55
§ 13. La fuerza mayor y el caso fortuito 56
§ 14. Consecuencias civiles 59
§ 15. Culpa de la víctima y compensación de culpas 61
§ 16. Consideraciones sobre la obediencia debida 63
§ 17. Consecuencias civiles 65

CAPÍTULO II

LA TIPICIDAD

§ 18. Concepto 67
§ 19. Contenido del tipo 74

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

1º) Sujeto activo 74
2º) Sujeto pasivo 76
3º) La acción descripta 77
4º) Elementos valorativos y subjetivos 79

§ 20. Faz negativa 82
1º) Ausencia de tipo 82
2º) Atipicidad 83

§ 21. Consecuencias civiles 86

CAPÍTULO III

LA ANTIJURIDICIDAD

§ 22. Concepto 89
§ 23. La ilicitud en el ámbito civil 97
§ 24. Causas de justificación 101
§ 25. Las causas de justificación en particular 104
§ 26. El consentimiento del interesado 106
§ 27. El tratamiento médico-quirúrgico 108
§ 28. Las lesiones deportivas 111
§ 29. La obediencia debida 113
§ 30. Consecuencias civiles 116
1º) Caso de acciones adecuadas a las normas 117
2º) Caso de acciones justificadas en general 118
3º) Legítima defensa 120
4º) Estado de necesidad 122
5º) Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo del derecho, autoridad o cargo 124

§ 31. El exceso del art. 35 del Código Penal 126
§ 32. Consecuencias civiles 130

CAPÍTULO IV

LA IMPUTABILIDAD

§ 33. Terminología 131
§ 34. Concepto 132

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

§ 35. Fórmulas 136
§ 36. Momento de la imputabilidad 137
§ 37. Imputabilidad disminuida 140
§ 38. Faz negativa: causas de inimputabilidad 141
1º) Insuficiencia de las facultades 143
2º) Alteraciones morbosas 144
3º) Sordomudez 145
4º) Trastorno mental transitorio 146
5º) Estado de inconsciencia 147
6º) Comprensión de la criminalidad 148
7º) Minoridad 149
§ 39. Consecuencias civiles 150
1º) Insuficiencia de las facultades y alteraciones morbosas de las mismas 151
2º) Ebriedad 153
3º) Minoridad 155

CAPÍTULO V

LA CULPABILIDAD

§ 40. Principio "nulla poena sine culpa" 157
§ 41. Distinciones: imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad 159
§ 42. Teorías sobre la naturaleza de la culpabilidad 160
1º) Concepción psicológica 160
2º) Concepción normativa 161
§ 43. La culpabilidad en el Código Penal argentino 162
1º) El Proyecto Tejedor 163
2º) El Proyecto de Villegas, Ugarriza y García 164
3º) El Código Penal de 1886 165
4º) El Proyecto de 1891 165
5º) El Código de 1921 y el trámite de su sanción .. 167
6º) El Proyecto de Coll-Gómez 168
7º) El Proyecto Peco 169
8º) El Anteproyecto Soler de 1960 171
9º) El Proyecto de 1979 171

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

§ 44. El dolo 174
§ 45. La culpa 178
§ 46. La culpa en el Código Penal argentino 182
§ 47. La preterintención 185
§ 48. Faz negativa: causas que excluyen la culpabilidad 186
1º) Las causas de inculpabilidad en general 186
2º) El error 188
3º) Error de hecho y de derecho 194
4º) La coacción 195
Requisitos de la coacción 198
§ 49. Consecuencias civiles 200
1º) Error 201
2º) Coacción 202
§ 50. Culpa civil y culpa penal 203

CAPÍTULO VI

LA PUNIBILIDAD

§ 51. La punibilidad y su ausencia 211
1º) Condiciones objetivas de punibilidad 211
2º) Excusas absolutorias 212
3º) Presupuestos procesales y causas de extinción de la acción 214
a) Muerte del imputado 214
b) Amnistía 215
c) Prescripción de la acción 215
d) Renuncia del agraviado, respecto de los deltos de acción privada 215
Bibliografía 217
Indice alfabético 223

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

PALABRAS PRELIMINARES

En esta obra nos proponemos abordar la responsabilidad en el ámbito penal y en el civil, tratando de determinar cómo juegan ambas, en qué casos confluyen y en qué supuestos —ante la falta de responsabilidad penal— subsiste sin embargo la civil. No se nos escapa la dificultad y amplitud del tema, y para circunscribir este trabajo al propósito inicial, partiremos del campo del derecho penal, específicamente de la teoría del delito, a fin de tratar de demostrar aquellas relaciones que hacen a ambos aspectos del deber de responder.

Conviene también que hagamos una aclaración acerca del título de la obra. Más correcto hubiese sido denominarla "Responsabilidad penal y responsabilidad civil". Sin embargo, nos inclinamos por mencionar la culpabilidad penal porque resulta más expresiva. Por lo general, los profesionales del derecho simplificamos el vocabulario con la finalidad de entendernos. Y con esa intención hablamos sintéticamente de existencia o inexistencia de culpabilidad, tomando esta expresión en un sentido lato, de la misma manera que es empleada en ciertas fórmulas procesales, particularmente en el derecho anglosajón, cuando el jurado es preguntado sobre la "culpabilidad" del procesado y tiene sólo la opción de responder *guilty or no guilty*, no obstante la variedad de hipótesis que la decisión afirmativa engloba. En realidad, la responsabilidad penal no puede existir sin culpabilidad, pero su reverso no es exacto: se excluye

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

la aplicación de pena no solamente ante la ausencia de culpabilidad, sino también por otros motivos que la actual teoría del delito ha puesto en claro de manera definitiva, y ello es lo que nos proponemos recordar en estas páginas.

También es útil anticipar que aquí no trataremos en especial los aspectos procesales ni la influencia de las sentencias en una y otra sede. Nos interesa específicamente el análisis del derecho de fondo y su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia.

Finalmente, el propósito es contribuir, en la medida de nuestras posibilidades, a una sistematización de la materia, que pueda resultar útil.

EL AUTOR

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

INTRODUCCIÓN

§ 1. Responsabilidad penal y responsabilidad civil

El Derecho es un elemento imprescindible para la vida de la comunidad. Tiene por objeto reglar las conductas individuales, en cuanto éstas puedan de algún modo relacionarse con la existencia y la actividad de los demás; se trata de un objeto cultural, creado por el hombre en respuesta a una necesidad natural, que es la de vivir en sociedad. Su origen y desarrollo histórico son suficientemente conocidos por los juristas como para intentar explicaciones mayores. Lo que sí interesa a nuestra finalidad es sostener enfáticamente el concepto de unidad del ordenamiento jurídico y el propósito común de todas las ramas del derecho. La separación de éstas obedece a una necesidad elemental de sistematización, tanto en el aspecto legislativo como en el científico, pero no supone un objetivo final distinto. Queda claro, entonces, que las normas no pueden contradecirse ni enfrentarse, y deben obrar armoniosamente en procura del resultado deseado: armonizar las conductas intersubjetivas.

La característica de todas las normas jurídicas, aquella nota que las distingue de los mandatos y prohibiciones morales, es la sanción. Atendiendo a las formas que asume la sanción, se separan las normas penales de las demás que integran el ordenamiento jurídico. La amenaza de aplicar

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

una *pena* hace que una disposición tenga carácter penal y no civil, comercial, administrativo, etc. No resulta sencilla la caracterización precisa del tipo de sanción penal, pues si bien hay penas (las de muerte, reclusión o prisión) que difícilmente se confunden con las sanciones de las otras ramas del derecho, hay algunas (multa e inhabilitación) cuyas notas diferenciadoras con sus semejantes del derecho administrativo, por ejemplo, son sutiles.

Empero, para el propósito de nuestra indagación es suficiente atender a los fines que persigue la aplicación de la ley penal y de la ley civil ante la presencia de un ilícito.

Si hablamos de *responsabilidad* penal y de *responsabilidad* civil, no estará demás comenzar por algo tan elemental —pero, por obvio, poco recordado— como es saber qué se entiende por responsabilidad. Si responder es contestar, dar razón de lo que se nos pregunta o se nos plantea [1], en materia de derecho debemos responder cuando nuestra actitud motiva un cuestionamiento, un interrogatorio que nos hace el mismo Estado o un particular. Responder es dar cuenta, es contestar, y en último extremo —cuando se demuestra que nuestra acción es contraria a aquella que nos estaba mandada—, esa obligación de rendir cuentas hace que se nos tenga por responsables, y que debamos asumir las consecuencias de la violación en que hemos incurrido [2].

Si quien nos exige que asumamos las consecuencias de nuestra acción es el Estado, como representante de la comunidad, interesado en el mantenimiento de la cohesión social, y esgrimiendo en ese sentido la defensa de las con-

[1] De *responsum*, *responsi*, derivado de "la respuesta de la deidad ante el voto", se llegó a *responsable*, que es quien puede dar satisfacción.

[2] "La responsabilidad, genéricamente considerada, supone en todos los casos la transgresión reprobable de una norma de conducta", según Acuña Anzorena, en sus adiciones al volumen *Fuentes de las obligaciones*, de Salvat, p. 3.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

diciones mínimas para que la vida en común se desenvuelva sin tropiezos, los jueces buscarán en el catálogo de leyes represivas, aquella que castiga nuestro obrar ilícito. Si la respuesta hay que darla ante el requerimiento de un particular, al que hemos perjudicado con nuestra conducta, éste acudirá a la justicia invocando la protección de una norma civil.

Así, si bien ambas ramas del derecho contribuyen al logro del objetivo común, que es el de posibilitar la vida en sociedad, sus medios de actuación son distintos: la norma penal tiene el mismo contenido que la norma civil, y ambas —por ser jurídicas— se caracterizan por la sanción. Pero la sanción penal agrega un *plus* de rigor que tiende, primero, a alcanzar los fines de la prevención general, y luego, una vez cometido el ilícito, a reprimir con una severidad mayor la violación de lo ordenado. Al hacerlo cumple con varias finalidades: castigar, hacer sufrir, ocasionar un dolor o un daño tal que retribuya el mal causado por el infractor y restablezca el orden jurídico, si no en su equilibrio anterior —pues la infracción ya cometida no puede borrarse— por lo menos afirmando la vigencia del derecho, que se vería conculcada si pudiesen sucederse las infracciones sin que nada grave aconteciera. La pena también sirve, conforme a las modernas concepciones, para resocializar al infractor y evitar que reincida.

De esta manera, cuando el derecho penal tiene que enfrentar necesariamente al hombre de carne y hueso, no al ciudadano o al habitante como entes indiferenciados que tanto pueden ser Juan o Pedro, se interesa por los aspectos personalísimos que pueden explicar o permitir que se aprecien debidamente las razones de su conducta. Cuando se produce un ilícito que no tiene consecuencias penales, al juez no le interesa la historia individual del hombre sobre quien va a hacer jugar las reglas jurídicas adecuadas. Por

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

lo menos es así en la generalidad de los casos. Tampoco le interesa el futuro de ese hombre, ni se preocupa por controlar su conducta posterior para saber si vuelve a cometer infracciones o si se ha enmendado. Una persona puede ser ineficaz en la elección de sus subordinados y ellos, a su vez, producir periódicamente daños a terceros, sin que el juez civil tenga en cuenta esos antecedentes, procurando evitar la reincidencia en la comisión de infracciones y eliminar de esa forma el peligro que tales sujetos representan.

En cambio es función de la justicia penal la indagación de las condiciones personales del justiciable; el juez no puede dictar sentencia sin conocer personalmente al acusado y sin saber cuáles son las circunstancias que lo determinaron a delinquir a tenor del art. 41 del Código Penal.

A su vez, la misión del juez civil, en relación con el mismo ilícito, es la de disponer la reparación del daño causado.

La mayor severidad de la sanción y esa posibilidad de penetrar en lo hondamente personal e íntimo hacen más estricta la indagación de la justicia penal. Sólo se producirá la obligación de rendirle cuentas y constituirse en responsable cuando se reúnan los requisitos sin los cuales no puede generarse la reacción penal. Estos requisitos son concretos e irreemplazables pues la sanción penal es solamente aquel *plus* retributivo del cual hablábamos. Si no ha ocurrido "algo más" que haga la conducta particularmente grave, el ilícito merecerá otro tipo de retribución pero no la penal. Anticipándonos al desarrollo posterior diremos que ésa es la razón —expresada en los términos más sencillos— por la cual una vez ocurrido el hecho ilícito y excluida la posibilidad de aplicar pena, sin embargo en ciertos casos permanece vigente la perspectiva de una condena en sede civil.

Volviendo al punto inicial de este tema resumimos diciendo que la responsabilidad existe cuando un juez conde-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

na a alguien determinando que es "responsable". Si esa sentencia la dicta un juez penal significa la aplicación de una pena y si es dictada por un juez civil obliga a indemnizar. Presupuesto de ambas condenas es la comisión de un acto ilícito. Sólo se puede obligar a una persona a responder en cualquiera de los fueros cuando hubo acción, y cuando esa acción ha sido ilícita.

Indagaremos, entonces, qué se entiende por acción y qué por ilicitud. Dejaremos fuera de examen el incumplimiento de obligaciones contractuales, pues si bien quien deja de cumplir aquello a que se ha obligado por contrato quebranta una norma jurídica, el régimen aplicable es distinto, y nuestro Código Civil hace una separación precisa entre el cumplimiento de las obligaciones contractuales y las nacidas de los hechos ilícitos, sean estos delitos o no.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO PRIMERO

LA ACCIÓN

§ 2. INTRODUCCIÓN

Existen dos maneras de considerar el comportamiento humano, a los efectos de la aplicación de las normas jurídicas. El derecho, instrumento irreemplazable para conducir un grupo social —cuyo manejo, en definitiva, ejerce el gobernante como instrumento de su poder—, puede utilizarse de modo tal que reprima a un individuo por lo que es, no por lo que hace. Puede catalogar jurídicamente a un hombre por su personalidad, no por sus actos; puede ubicarlo en determinada condición jurídica atendiendo a su riqueza, su nacionalidad, su raza, su procedencia geográfica, su religión, su ideología política. Esta forma de actuar el derecho es, por desgracia, muy frecuente, y responde a una determinada concepción del poder político. A quienes lo ejercen les interesa mantener sojuzgado a determinado grupo, y entonces no importa que el individuo que pertenezca a él no haya hecho nada en desmedro del orden jurídico: el solo hecho de pertenecer a ese sector lo hará pasible de diferenciaciones que tendrán carácter de sanción pues le negará lo que se les concede a quienes no padecen tal "estigma". Por supuesto que la inclinación a

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

legislar acerca de la *conducta*[1] y no del acto es propia de regímenes que desprecian los derechos individuales, que no respetan al hombre como unidad, como ser que tiene un fin superior al del Estado o al de la organización social.

El derecho penal argentino se enrola decididamente en una posición distinta: es derecho penal de acto no de autor. Lo mismo puede decirse de nuestro derecho civil, que obliga a responder por un determinado hecho, no por una conducta indefinida, por una forma de ser o por simples características personales.

El concepto de acción así caracterizado, que implica un acontecimiento producido por el hombre, es común al derecho penal y al civil. Sin embargo, resultará útil recordar algunas precisiones que se han hecho sobre el tema, que tendrán trascendencia para determinar los casos de falta de acción, y las consecuencias que ellos tienen en ambos ordenamientos.

No obstante su aparente simplicidad es tarea ardua definir qué se entiende por acción ya que existen distintas concepciones de las cuales —al menos en materia penal— depende todo el método de estudio del delito. Se originan así corrientes llamadas causalista y finalista.

La primera analiza el tema exclusivamente desde el punto de vista de la producción del resultado, sin que le interesen —en este primer momento del análisis de los elementos del delito— los motivos que ha tenido su autor. La acción, así entendida, será aquel movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior. No se le exige otra condición a ese movimiento que la de ser propio del individuo, expresión de su actividad física y psíquica, aunque esta última con un contenido tan elemental que

[1] Es notable el antecedente de la Carolina, que en el art. 176 castigaba nada menos que con la pena de muerte al sujeto que, aun sin haber cometido delito alguno, se mostraba "muy peligroso", representando una continua amenaza de mal (Ferri, *Principios de derecho criminal*, p. 278, nota 1).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

no requiere capacidad intelectual o una intención determinada. Tan sólo será la expresión de un mínimo de subjetividad. El acto debe ser *propio* en el sentido de que, si el sujeto hubiese querido no realizar ese movimiento lo hubiese logrado [2]. Esta acción, cuya existencia se indaga con elementos tan simples pues permanece desprovista de otras connotaciones, es el punto inicial para la consideración de los demás elementos del delito. Quedan fuera del concepto de acción los movimientos reflejos, el sonambulismo y los casos de violencia física irresistible, en los cuales no hay participación anímica: el sujeto es sólo un instrumento de movimientos incontrolables de su cuerpo, o de la acción de un tercero.

Esta elaboración del concepto de acción sirve para sostener una determinada teoría del delito, pero no es compartida por quienes ven en dicho esquema una creación artificial, puramente intelectual, que no se relaciona con los hechos de la vida real.

En efecto, la teoría causal de la acción tuvo que hacer concesiones que no se compadecen con una aprehensión natural de la acción. Así, por ejemplo, cuando se habla de acción se lo hace en un sentido amplio, comprendiendo a la omisión, que es su antípoda. Habría así una acción positiva y otra negativa. Para englobarlas se buscó un denominador común: se ha hablado, entonces, de actividad, acontecimiento, etc. Pero si la acción es movimiento, la omisión es ausencia de movimiento; si la acción modifica el mundo exterior, la omisión lo deja inerte. Resulta muy difícil encontrar una expresión unitaria, y los esfuerzos realizados lucen como construcciones ingeniosas, pero con poca coherencia lógica. Así se sostuvo que la omisión también modifica el mundo exterior, pues si se hubiese realizado la acción

[2] La base subjetiva de la acción sería la "libertad de inervación muscular"; es decir, el comportamiento corporal voluntario.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

debida el mundo exterior no sería el mismo. La explicación no resulta satisfactoria desde un enfoque puramente natural. Un vagabundo que pase el día contemplando el movimiento de los trenes verá siempre las barreras levantadas, aunque el guardabarreras haya dejado de bajarlas, como era su obligación. Resultará muy difícil convencer a aquel observador, ajeno a las complejidades del orden normativo, de que ha habido algún cambio en el mundo exterior en virtud de la omisión [3].

Al tropezar con el inconveniente de tomar la acción en un sentido puramente causal, pero sin que ello signifique apartarse de dicha concepción, se ha analizado la acción en un sentido jurídico que deja de ser exclusivamente "natural". Así se habla de la omisión como ausencia de la "acción esperada"; es decir, de la acción deseada y, en definitiva, impuesta por el orden jurídico. Ya el Código Civil, en su art. 1074, contiene un concepto similar de la omisión según el cual *"Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido"*; la misma ausencia de la acción esperada se refleja en el art. 106 del Código Penal y está perfectamente caracterizada en el art. 9 del Proyecto de reformas de 1979, cuando se refiere al tiempo en que debía cumplirse la acción omitida, y en el artículo siguiente que regula la comisión por omisión en estos términos: "El que deliberadamente omite impedir un resultado responde de él como si lo hubiere producido, cuando en las circunstancias del caso debía y podía evitarlo. El deber de obrar incumbirá a quien tenga una obligación especial de

[3] Gramajo (*La acción en la teoría del delito*, p. 47) cita el siguiente párrafo de Soler: "La acción contiene causación, pero en ciertos casos hay propia y verdadera acción, sin que el cuerpo intervenga con el menor movimiento. El guardaagujas se hace autor del desastre ferroviario precisamente dejando su cuerpo en reposo completo".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cuidado, protección o vigilancia derivada: *a*) de la ley; *b*) de un contrato; *c*) de una actuación precedente que comporte la asunción unilateral de aquellas obligaciones; *d*) de una actuación precedente que haya creado el riesgo inminente de que ocurriera el resultado" [4].

Es obvio que una acción puramente acromática, huérfana de todo significado valorativo, no tiene trascendencia en el campo del derecho, máxime si se piensa que sobre esa misma acción se van a proyectar las demás calificaciones que hacen a la configuración del hecho ilícito; quiere decir que la acción por sí misma nada significa si no puede cali-

[4] Es interesante advertir cómo se han ido ampliando los campos de la responsabilidad, tanto civil como penal, en nuestro derecho, con el propósito de hacer más solidario al habitante de nuestro país. En la concepción de Vélez Sársfield, expuesta en el capítulo *De los delitos*, la responsabilidad del perjuicio causado por omisión devenía solamente cuando una disposición de la ley impusiera la obligación de cumplir el hecho omitido. Poco más de un siglo después se sostiene que no ya la responsabilidad civil sino la responsabilidad penal, se origina en un deber genérico de obrar con cuidado, impuesto no sólo por la ley, sino también por el contrato o por una actuación precedente que comporte la asunción de esas obligaciones o que haya creado un riesgo. Se procura compensar la intensidad de la vida moderna —caracterizada por la multiplicidad de actividades vertiginosamente desarrolladas— con un mayor control estatal, sin advertir que por esa vía pueden conculcarse las libertades individuales. Al colocar en la Parte General un precepto sobre la comisión por omisión, con tal amplitud de supuestos, se corre el riesgo de violar el principio de legalidad, pues las formas de comisión expresamente determinadas en los distintos tipos pueden ser entendidas con el precepto que comentamos, de manera tal que también admitan una producción por actos negativos. Asimismo, se podría producir una extensión indebida de las ampliaciones del tipo (tentativa, participación y concurso)*. Por supuesto que el precepto proyectado establece una diferencia esencial entre las conductas dolosas y culposas, ya que la comisión por omisión se produce cuando el sujeto "deliberadamente" omite impedir un resultado, pero ello no elimina la posibilidad de una interpretación literal, que transforme en responsable a quien no lo ocasionó sino, simplemente, omitió en forma consciente la conducta que hubiese podido evitar. De esa manera, la obligación de actuar no es impuesta por "una disposición de la ley" (art. 1074, Código Civil) sino por un deber jurídico genérico, tal cual lo propugna la interpretación amplia de este artículo (Llambías, Jorge J., *Código Civil anotado*, t. II-8, p. 318).

* "Incurren en participación por omisión en el delito de estupro, los padres de la menor que nada hacen para hacer cesar su permanencia en la residencia del estuprador, ya que ello era exigible a ambos padres, en virtud del derecho vigente" (CCCap. 11/8/61, *JA*, 1962-I-519).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ficársela de típica, antijurídica y culpable. Además, para un grupo importante de autores, ni siquiera esa acción acromática se da en la naturaleza, pues toda las acciones humanas —dicen— llevan en sí una finalidad. Si es así, los contenidos psicológicos del acto no se deben analizar en el nivel de la culpabilidad, sino en el de la propia acción, la que, conforme al tipo, tendrá características de dolosa, culposa o preterintencional [5].

Sin desconocer que el tema requeriría un desarrollo más amplio, es útil plantear el interrogante acerca de si las aportaciones que ha hecho el derecho penal sobre la acción son trasladables al derecho civil; además, y en lo que la práctica interesa, si los supuestos de falta de acción de la teoría del delito conducen a consecuencias similares en el orden civil. Antes de referirnos a ello, veamos brevemente las dos concepciones principales:

§ 3. EL CONCEPTO CAUSAL

Existe acción (en el sentido amplio de acción y omisión) cuando el movimiento corporal produce un cambio en el mundo exterior; ya más adelante se indagará si ese movimiento corporal se adecua a los tipos que el derecho construye, si es antijurídico y si quien lo realiza tiene las condiciones necesarias para ser declarado culpable, y —por último— si efectivamente lo es. Limitada la acción al simple

[5] "*La acción es una conducta humana, regida por la voluntad orientada a un determinado resultado.* Constituye la base común de todas las formas de aparición del delito; abarca tanto el hacer corporal como el no hacer, y sirve de base al delito de comisión y de omisión. Comprende tanto los casos en los que la voluntad rectora anticipa el resultado tipificado (hechos dolosos), como aquellos en los que la voluntad está dirigida a un resultado distinto del típico causado por el autor (hechos culposos)" Maurach, *Derecho penal*, t. I, p. 182.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

movimiento, sin otras connotaciones, no se deja de reconocer, sin embargo, que de todos modos requiere un análisis. En primer lugar porque debe ser humana, en el sentido de que su autor sea un hombre, único sujeto del derecho moderno: quedaron relegadas en el tiempo las épocas en las que el derecho se interesaba por los resultados que pudiesen producir los animales y las cosas.

El atribuir el movimiento a un hombre no será difícil; se tratará simplemente de un problema probatorio, pero ello no es suficiente para considerar que hubo acción en el sentido jurídico-penal. Sólo se atribuye la acción —y su resultado— a un sujeto, cuando ese movimiento es un producto de su psiquismo, *cuando ha tenido la posibilidad de controlar sus movimientos.* No todo movimiento es acción, así considerada, pues aunque lo fuese desde un enfoque puramente causal, no es acción humana [6].

El derecho respeta al hombre en sus facultades y posibilidades; le interesa lo que es humano, no aquello que dista de ser un reflejo de actuación personal para constituirse en un acontecimiento natural, que sólo tiene al hombre como protagonista. Si alguien es arrojado contra un objeto frágil y lo destroza, no se considerará tal movimiento como acción, pues la misma rotura se hubiese producido si en lugar de un hombre hubiese sido impulsada una cosa cualquiera. El sistema jurídico no indaga si el empujado ha sido o no culpable; no necesita hacerlo, pues ni siquiera hubo acción. Hay otros movimientos que sí son propios pero que tampoco adquieren relevancia jurídica, pues si bien es el sujeto quien los realiza, no tiene posibilidad de evitarlos. Son los movimientos reflejos, en los que no hay una mínima participación psíquica.

Las consecuencias son comunes al derecho penal y al

[6] Ser autor y ser causa son conceptos diferentes. Véase Soler, *Acción y causalidad, LL*, t. 22, Sec. doctrina, p. 4.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

civil. En el primero (si bien el Código no contiene definiciones de los elementos del delito y ellas han surgido de los aportes de la doctrina), se excluye la posibilidad de aplicar pena en los casos, por ejemplo, de fuerza física irresistible (art. 34, inc. 2º)[7]. Enuncia así una circunstancia que tradicionalmente ha sido reconocida como excluyente de la acción.

Los movimientos reflejos no son mencionados por el Código, como tampoco el caso fortuito, pero esto no es obstáculo que impida su consideración, ya que nuestro derecho penal está concebido de manera tal que sólo puede aplicársele pena a quien comete un hecho que la ley califica como delito, empleando su psiquis. No puede aplicarse pena, entonces, por el acto que no pudo ser evitado.

El Código Civil, por su parte, se refiere a *"hechos humanos"* (art. 897), resultando el adjetivo suficientemente expresivo: para ser humano el hecho debe ser propio (suyo, de sí mismo; debe tener "mismidad", según Antolisei) y no provenir de la naturaleza, aunque sea de su naturaleza animal (no es al hombre como especie zoológica al que se refiere el derecho, sino al ser racional, dotado de inteligencia y voluntad). Hay movimientos del hombre que no son "humanos" en el sentido expuesto —como los movimientos reflejos— y otros que sí le pertenecen, pues se exteriorizan como actos racionales.

El Código Civil marca otros límites, que están implícitos también en el Código Penal, pues en última instancia derivan de la Constitución nacional, documento elaborado por la razón y respetuoso de la razón; en suma, racional por

[7] No incluye el Código otros casos de falta de acción, ni define ésta, pues da por supuesto, conforme al superior ordenamiento constitucional, que sólo se puede aplicar pena a quien ha tenido la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones (art. 34, inc. 1º). El Proyecto de 1979 tampoco trae definiciones al respecto y sólo separa la ***vis absoluta*** (art. 30) de la ***vis compulsiva*** (art. 23).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

excelencia. El art. 19 dice que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Consagra así el principio de exterioridad que el Código Civil repite. Los hechos humanos son aquellos acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones (art. 896). No cualquier comportamiento es acción, sino que debe reflejarse en el mundo exterior, de manera que escapan al control del derecho los hechos puramente psíquicos (*"Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste"*, art. 913, Código Civil).

Ese requisito de exterioridad [8] común a todo el derecho liberal —que no regla conductas indeterminadas sino acciones, no sanciona modos de ser sino actos concretos— marca la diferencia entre derecho y moral. El derecho tiene, o debe tener, un contenido ético; pero no es ética. La confusión ha acarreado dolorosas consecuencias a la humanidad, las que se repiten periódicamente con el resurgimiento de regímenes políticos que parecen venir de la noche de la Historia.

La acción ha sido definida como "manifestación de voluntad" y ese requisito de voluntariedad parece desprenderse del Código de Vélez [9]. Así resulta del art. 900: *"Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna"*. Serían involuntarios, según el art. 897. Pero es necesario efectuar una interpretación de la ley que conserve la coherencia del sistema, de manera tal que el concepto de acción sea

[8] Un desarrollo del mismo puede verse en Gramajo, Edgardo *La acción en la teoría del delito*, p. 79.

[9] El art. 1076 comienza diciendo: *"Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor"*.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

único, utilizable en ambas ramas del derecho[10]. El codificador dice en la nota del art. 900 que: "El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito". Pero no es exactamente así: para que haya *acción* no se requiere voluntad, tomando esta expresión en el sentido de dirección de los actos y representación del resultado, ya que es evidente que aun los actos ejecutados sin intención generan obligación (p. ej., los hechos ilícitos culposos)[11]. En cuanto al discernimiento, si se entiende por tal la capacidad intelectual, tampoco es exacto que los actos de quienes no la tengan dejen de producir consecuencias jurídicas. Ya volveremos sobre el tema en el capítulo de la inimputabilidad. En cuanto a la libertad, tampoco se requiere la libertad plena, pues dependerá del grado de influencia que han ejercido factores extraños a la decisión personal, la determinación de las consecuencias de los actos propios. En síntesis: los actos ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producirán *por sí* obligación alguna, pero pueden producirla a raíz de la aplicación de otros preceptos legales[12]. A nuestro

[10] A pesar de que se sostiene que el contenido que el Código Civil da al hecho voluntario (art. 897) no coincide con su significación técnica en derecho penal. Gramajo, ob. cit., p. 74.

[11] El planteo según el cual el acto es voluntario sólo cuando es libre proviene de Hegel y de los penalistas hegelianos, proposición que es invertida por los idealistas actuales, según los cuales el acto, por tener algo de voluntad, es libre.

Conviene recordar también que en algunas concepciones la acción como *exteriorización de la voluntad* es reemplazada por la *manifestación de la personalidad del agente*, que se exterioriza produciendo un cambio en el mundo exterior (faz comisiva), o que al no hacer lo que se debe, deja inerte el mundo exterior, cuya mutación se aguardaba (faz omisiva) (Terán Lomas, *Derecho penal*, Parte general, t. I, p. 268).

[12] Por ejemplo, el art. 907, Código Civil: *"Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se respon-*

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

juicio, las disposiciones civiles mencionadas deben interpretarse de la misma manera como se concibe la acción en materia penal. No producen por sí obligación alguna los actos que no son expresión de la subjetividad (que no tienen "mismidad"), o sea aquellos acontecimientos que no obstante provenir del ejemplar zoológico llamado hombre, no son la expresión de su humanidad; vale decir, de su condición de ser racional. Solamente en ese sentido es que podemos admitir la clasificación de los actos en voluntarios e involuntarios: los primeros son aquellos en los que participa la psiquis; los involuntarios no cuentan con esa participación, y el individuo no pudo elegir entre realizarlos o no [13].

El criterio y sus consecuencias estaban implícitos en la obra de Freitas, cuando clasificaba los actos involuntarios en necesarios o fortuitos. Los primeros como los de nuestra actividad instintiva o fatal, tales los actos practicados sin libertad "por causa de violencia de otras personas", y los segundos, los de la esfera de nuestra actividad espontánea, cuando los agentes practican el acto o dejan de hacerlo, sin discernimiento o sin intención. La importancia de esta clasificación —agrega Freitas—, aparece tratándose de actos ilícitos. No hay imputación por los actos instintivos, que no son dominables [14].

Por supuesto que interesan al derecho sólo los actos —con las características expuestas— que conducen a un resultado, porque aquellos que no lo producen carecen de trascendencia. Antes de analizar la cuestión del nexo cau-

---

derá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido".

[13] Acción, en suma, no es sólo el acto voluntario, sino el involuntario, es decir, no inhibido por la voluntad cuando podía y debía serlo, dice Maggiore, *Derecho penal*, t. I, p. 320.

[14] Freitas, A. T. de, *Código Civil*, trad. castellana, Bs. As., 1909, t. I, p. 224, art. 434 y nota.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

sal y la del resultado, haremos referencia a la teoría de la acción finalista, que tantas discusiones ha motivado en el derecho penal y cuyas conclusiones fueron transportadas al derecho civil [15], aunque en este último sin demasiado éxito, ya que su mérito estriba en iluminar un nuevo enfoque y un método particular referido a la teoría del delito.

§ 4. La concepción finalista

Inicialmente por obra de Welzel se ha atacado el concepto puramente causal de la acción, sosteniéndose que tal tipo de acción no tiene existencia real, pues toda acción humana contiene fines, que son los que interesan al derecho. Es así que la intención o la finalidad constituirán el rasgo esencial que la distingue de todo proceso *ciego, causal*. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es "vidente"; la causalidad es "ciega", ha dicho Welzel [16]. La acción, así considerada, que tiene los límites que le traza el tipo penal, contiene en sí misma los ingredientes psicológicos del dolo y de la culpa, de manera que éstos escapan al elemento *culpabilidad* en la teoría del delito. La culpabilidad será considerada como un juicio de reproche. Elementos de aquel juicio, como son el dolo y la culpa en la concepción normativa, son ubicados en la acción típica de manera tal que el acto será doloso o culposo según la exigencia del tipo. Si en la acción no hay dolo ni culpa ella quedará

[15] Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, p. 89.

[16] Welzel, *Derecho penal*, p. 39.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

impune, pero no porque no haya culpabilidad, sino porque no se han reunido las exigencias típicas. La culpabilidad desaparece —en cambio— cuando no se puede elaborar el juicio de reproche. Esta alteración sistemática de los componentes del delito hace que también varíe la faz negativa de los distintos elementos. Así el error, que en la teoría tradicional elimina la culpabilidad, en la concepción finalista determina que no queden reunidos los requisitos típicos.

Por supuesto que la concepción finalista no irrumpió en el escenario científico desprovista de antecedentes, sino, por el contrario, ella implica una continuación y depuración del estudio de los elementos subjetivos del tipo y de la concepción normativa de la culpabilidad.

No corresponde, dada la índole de este trabajo, hacer una detallada exposición de la evolución que ha tenido el tema en la doctrina, y menos intentar una crítica de las distintas concepciones. Sí dar una opinión personal, aunque sea muy breve: hallar un concepto de acción que logre aprehender su esencia, aunque útil a los fines del conocimiento, quizá no sea decisivo en el ámbito jurídico, pues la acción como elemento del delito o como componente del ilícito en general, nunca será la acción natural sino la acción con valoraciones impuestas por el orden jurídico, que le confiere especiales connotaciones. En nuestro concepto, el análisis debe partir de un hacer u omitir humanamente evitable o realizable, y desde ese punto, que es un substrato jurídico, no natural, analizar las implicancias que el derecho extrae en orden al acto en sí y a su autor. De esa manera la acción tiene un sentido normativo que abarca a la omisión. Analizándola se verá que no toda acción u omisión interesan sino aquellas descriptas previamente por el legislador. En el análisis preliminar de la acción no es importante que ella tenga fines o que no los tenga, que sean coherentes con la norma o que contradigan su mandato. Lo

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

que importa es que la acción sea, aunque más no fuere, una mínima expresión de subjetividad. Tampoco interesa, siempre en el análisis del elemento acción, que vaya dirigida a la realización de un tipo doloso o uno culposo; es más, al legislador le preocupan poco, en algunas circunstancias, los fines del autor para determinar la entidad del reproche, que se traduce en la pena. Así el sujeto puede haber tenido en miras la consecución de un resultado, que sabe antijurídico, lo que supondría una conducta típicamente dolosa, no obstante lo cual, por ser menor la reprochabilidad, la acción es reprimida a título de culpa, como en el art. 35 del Código Penal [17].

§ 5. EL RESULTADO

Todas las acciones previstas por la ley producen un resultado. No hay delito sin resultado: no podría haberlo, por otra parte, pues el derecho penal sólo impone o prohíbe acciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. No se concibe un imperativo respecto de actos absolutamente inocuos, que no afecten en absoluto aquellos bienes. Que todas las acciones típicas produzcan un resultado no quiere decir, como es obvio, que ese resultado consista exclusivamente en un cambio material del mundo exterior, apreciable esa consecuencia por los sentidos. No es preciso buscar la mutación del mundo físico a la manera en que lo hacía von Liszt (v.gr., muerte de la víctima en el homicidio, tensión de la atmósfera y procesos fisiológicos del sis-

[17] No todos los penalistas están de acuerdo acerca de la interpretación del art. 35, del Código Penal y el tema del exceso en las justificantes fue ampliamente debatido en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal, que tuvieron lugar en Río Gallegos en noviembre de 1980.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tema nervioso del ofendido en los delitos de injuria verbal)[18]. Hoy no se discute que el resultado puede ser exclusivamente jurídico, y ser, precisamente, la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos. Sería un esfuerzo vano buscar el resultado material en los delitos que consisten exclusivamente en una actividad y que se consuman con ella, y hasta ingenuo es el camino elegido para caracterizarlo, como referirse a las *vibraciones del aire*. El aire es el vehículo del sonido, pero el resultado no está en la mutación de su estado de reposo, sino en la lesión que producen las palabras.

Aún en los delitos clasificados por Carrara como *formales* y caracterizados por ser aquellos que "se consuman con la simple *acción* del hombre, que basta por sí sola para violar la ley" [19], es preciso hacer la distinción entre actividad, nexo de causalidad y resultado. No solamente por razones impuestas por el método de estudio sino para afirmar de manera intergiversable el principio de exterioridad. El resultado siempre es ajeno al sujeto y verificable con independencia de su acción. Lo contrario daría lugar a la posibilidad de construir delitos sin acción, derivados de una simple situación, con agravio de los principios constitucionales y de la dignidad humana, como ya lo señalamos en otro lugar. Esta observación no obstaculiza la posibilidad —como es evidente y nosotros también lo utilizamos—, del método de estudiar el resultado en el capítulo *de la acción* dentro de la teoría del delito.

Conviene señalar, a efectos de apreciar las consecuencias civiles del delito, que el resultado de la acción tiene un alcance distinto en el derecho civil. Según el art. 1067 del Código "*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto*

[18] Von Liszt, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 288 y ss.
[19] Carrara, *Programa*, vol. I, parág. 50.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

exterior que lo pueda causar...". De este precepto deducimos:

a) Que los actos de tentativa no producen responsabilidad civil, salvo el caso de que por sí mismos, y aunque el delito no se haya consumado, hubiesen producido algún daño.

b) Que la exención de pena por el desistimiento voluntario (art. 43, Código Penal) no elimina por sí la responsabilidad civil cuando los actos previos hubiesen originado perjuicios.

El artículo siguiente caracteriza el daño: "*Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades*". De manera que el concepto de daño en el Código Civil es más restringido que el de resultado en el derecho penal; de lo que resulta que hay delitos que no producirán daños indemnizables, por no ser el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria (piénsese, por ejemplo, en el de asociación ilícita, art. 210, Código Penal).

Es probable que en el pensamiento de Vélez, que proyectó su código en el momento en que no existía legislación penal sancionada por el Congreso [20] haya prevalecido la idea de que los delitos tienen un resultado predominantemente material. Por ello se refiere a la producción de perjuicios (art. 1074), a la afección del derecho sobre un objeto exterior o sobre la misma existencia de la persona (art. 1075), a

[20] No se había cumplido aún el precepto del art. 67, inc. 11 de la Constitución, y el país se encontraba en pleno proceso de codificación, como que la ley nº 36 del 6 de junio de 1863 autorizó al Poder Ejecutivo para nombrar comisiones encargadas de proyectar los códigos. El proyecto de Código Civil fue encomendado a Vélez Sársfield y el de Código Penal a Tejedor.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

la reparación del perjuicio que del delito resultare a otra persona (art. 1077), y en los capítulos II y III del mismo título se refiere exclusivamente a los delitos contra las personas y contra la propiedad. Pero no dejó de advertir que los delitos no producen solamente un resultado material, y siguiendo a Aubry y Rau proyectó el art. 1078: "Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas" [21]. De manera que todo resultado proveniente de un delito es indemnizable, salvo aquel daño que no fuese susceptible de apreciación pecuniaria [22].

§ 6. El nexo de causalidad

Indagar cuándo el resultado debe atribuirse a la acción no es tarea sencilla pues, contrariamente a lo que la denominación del instituto haría suponer, no se trata exclusivamente de una cuestión causal, en un sentido naturalístico. Como en todos los temas del derecho, la investigación proveniente de las ciencias causal-explicativas no es suficiente, pues sus conclusiones, para ser jurídicamente aprovechables, deben ser teñidas con matices valorativos. No interesa, pues, qué acción ha sido causa de un resultado, en definitiva, sino a cuál *el derecho le adjudica el resultado*. Le corresponde a las ciencias naturales determinar

[21] La ley 17.711 extendió la obligación a los actos ilícitos en general.

[22] Por supuesto que para que se genere la obligación de indemnizar se deben reunir las demás condiciones, que más adelante analizaremos, en cuanto a los caracteres del delito; también todas las notas distintivas de los actos ilícitos y por último la existencia de un titular individualizado del bien jurídico afectado.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

qué acción o grupo de acciones han causado un resultado [23]: una vez conocida la relación causal natural, el derecho hará su evaluación y corregirá las desviaciones utilizando pautas derivadas de otros elementos que no son ya dependientes del nexo de causalidad.

Por supuesto que el análisis exclusivamente experimental no resolverá más que el límite mínimo del problema: es decir que permitirá saber si una causa ha producido un resultado, pero cuando la causa no es la única dejará subsistente la dificultad. En definitiva, significa la detención en el procedimiento de la supresión mental hipotética, propia de la teoría de la equivalencia de las condiciones debida a von Buri. Las teorías posteriores tienden a individualizar, ya no naturalística sino jurídicamente, la causa del resultado. No obstante los esfuerzos de quienes asumen la búsqueda de la *causalidad adecuada*, de la *causa humana* o de la *adecuación típica*, la problemática no ha sido resuelta satisfactoriamente. Se trata de meras aproximaciones, y en definitiva los casos prácticos se resuelven sobre la base de la experiencia. Las consecuencias exageradas se deben corregir a través de la descripción de las acciones prevista por la ley y, en definitiva, en el análisis de la culpabilidad, teniendo en cuenta que el límite de ella está en la previsibilidad, más allá del cual se ubica el caso fortuito [24].

Nuestro Código Penal, a diferencia de otros ordenamientos, no incluye disposición alguna sobre el nexo de causalidad. Esta ausencia no es, empero, decisiva, pues está implícito el criterio de que sólo se aplican las penas

[23] Pese a la imprecisión que existe en la indagación de las causas, aun en el ámbito de las ciencias físicas y naturales, y que Terán Lomas recuerda (*Derecho penal*, t. I, p. 285 y ss.), resulta innegable que no puede renunciarse a la investigación del origen de los efectos, lo que sería resignar la utilización del razonamiento. Volveríamos a las relaciones pre-lógicas y a las formas aberrantes de imputación, propias de los tiempos primitivos.

[24] Insensiblemente se vuelve siempre al patrón "del observador normal", "del hombre medio", del "buen padre de familia" de los romanos.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

de las distintas figuras a quien ha sido el autor de las lesiones o ataques a los bienes jurídicos que aquéllas protegen. Además, los códigos que lo dicen expresamente no por ello eliminan los problemas que origina la determinación de la causa.

Es obvio que las mismas dificultades en torno a la determinación del nexo causal se presentan en materia civil, y los analistas de este derecho también lo tratan. Salvat, sin analizar las distintas teorías y con un criterio pragmático dice: "La existencia de esta relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño constituye una cuestión de hecho, la cual debe ser resuelta por los jueces y tribunales en cada caso particular; será menester analizar y juzgar las circunstancias del mismo y tener en cuenta todos los elementos de apreciación derivados de la propia experiencia y de las enseñanzas de la ciencia sobre la forma y condiciones de producirse los diversos fenómenos que la naturaleza nos ofrece y las causas que pueden determinarlos. Como una noción general susceptible de algunas reservas, puede decirse que la relación de causalidad existe cuando, sin el hecho considerado, el daño no se hubiere producido" [25]. Por su parte, Orgaz analiza las distintas posiciones doctrinarias y llega a la conclusión de que hay conexión causal entre un acto y un resultado cuando ese acto ha contribuido de hecho a producir un resultado —esto es, ha sido una de las condiciones *sine qua non* de él— y, además, debía *normalmente* producirlo, conforme al orden natural y ordinario de las cosas (art. 901)[26].

Un sector de la doctrina se inclina a considerar que la nueva redacción del art. 906 del Código Civil, producto de la reforma introducida por la ley 17.711, inscribe al

[25] *Derecho civil argentino*, Fuentes de las obligaciones —hechos ilícitos—, p. 85.

[26] *El daño resarcible*, p. 61 y ss.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

régimen argentino en los lineamientos de la teoría de la causalidad adecuada [27]. No creemos que sea así: la utilización del adjetivo "adecuado" no hace otra cosa que exigir un lazo inequívoco de causalidad: las consecuencias remotas, que no lo tienen, no son imputables. Pero de allí a extraer la afirmación de que el código adhiere a determinada teoría hay distancia, no obstante las conclusiones del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se recuerdan; especialmente advirtiendo que la teoría de la causalidad adecuada no tiene una formulación precisa, ya que se remite a un concepto tan relativo como el de *normalidad de las consecuencias*. Preferimos la interpretación que ve en el nuevo texto del artículo la verdadera razón de la no imputación de las consecuencias remotas en la imposibilidad de previsión [28], más que extraer de ese texto la adhesión a la teoría de la causalidad adecuada.

En la jurisprudencia, la cuestión del nexo de causalidad se ha resuelto generalmente como una cuestión de hecho: "Para que haya condenación por daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito no basta que el hecho sea imputable y que exista una lesión causada; es necesario, además, que entre el hecho y el daño exista una relación de causalidad, lo cual constituye una cuestión de hecho que deben resolver los jueces" (CNCiv., Sala F, setiembre 1-964, *LL*, 118-101; ídem CNCiv., Sala F, diciembre 19-967, *LL*, 131-1182, sum. 18.151; ídem, setiembre 2-969, *LL*, 137-508). En otros fallos se menciona la causa eficiente, sin que signifique una adhesión a determinada concepción doctrinaria (CNCiv., Sala B, setiembre 30-969, *LL*, 138-641; SC Mendoza, Sala II, setiembre 30-964, *Rep. LL.* XXVI, 430, sum. 375). También se hace la necesaria diferencia entre causalidad y culpabilidad: "Hay que distinguir entre cau-

[27] Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, t. I, p. 201.
[28] Llambías, *Código Civil anotado*, t. II-B, p. 31.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

salidad y culpabilidad cuando se trata de resolver sobre la culpabilidad por daño sufrido por la víctima en su cuerpo; porque la primera tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un resultado cualquiera —o más concretamente un daño— debe ser imputado objetivamente a la acción o a la omisión de una persona (*imputatio factis*); y la segunda tiende a determinar cuándo y en qué condiciones un resultado debe ser imputado subjetivamente a su autor (*imputatio juris*), a fin de establecer si éste debe ser considerado culpable de él, a los fines de la responsabilidad" (SC Mendoza, Sala II, setiembre 30-964, *Rep. LL.* XXVI, 428, sum. 359). Se menciona asimismo la causa adecuada: "Para establecer cuál es la causa adecuada del daño, deben examinarse objetivamente los hechos conforme al curso ordinario y normal de las cosas, reputándose efecto lo que puede preverse según ellos, y descartando todo lo que resulte dañoso por circunstancias extraordinarias, anormales o imprevistas" (CNCiv., Sala F, diciembre 28-965, *Rep. LL.* XXVII, 503, sum. 326).

§ 7. FAZ NEGATIVA: FALTA DE ACCIÓN

Como ya hemos anticipado, tradicionalmente se consideran casos de falta de acción los movimientos reflejos [29] y los producidos por la aplicación de fuerza física irresistible (*vis absoluta*), recordando asimismo que en el concepto de "violencia" utilizado por el art. 34, inc. 2º del Código Penal queda comprendido —por mandato del art. 78— "*el uso de medios hipnóticos o narcóticos*". Soler deja

[29] A los que pueden equipararse otros instintivos y fisiológicos; también estados fisiológicos o patológicos: en definitiva, todas aquellas situaciones en las cuales *no hay acción* en el sentido que la hemos caracterizado, *cuando el individuo no ha tenido la posibilidad de controlar sus movimientos.* Damos por entendido que una cosa es acción y otra imputabilidad, y que los inimputables también actúan, aunque su voluntad esté afectada.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

entendido en las últimas ediciones de su *Tratado* que la acción queda desplazada también por la obediencia debida, y así fue elaborado el Anteproyecto de 1960 y el de 1979, cuyo art. 31 dice: "Cuando una persona obrare en cumplimiento de una orden cuya legalidad no le compete examinar, sólo será responsable del hecho el que impartió la orden, salvo que ésta fuera groseramente delictiva". Creemos que este texto es preferible al de 1960, que tenía un matiz pronunciadamente doctrinario, enrolado en la idea del desplazamiento de la acción. El transcripto art. 31 no impide, no obstante su ubicación dentro del capítulo de la *participación,* que se pueda seguir entendiendo la obediencia debida como una causa autónoma de exclusión de pena (art. 34, inc. 5º, Código Penal). Así la consideramos personalmente, ya que pensar que excluye la acción contradice el concepto elaborado sobre este elemento del delito, tanto en la concepción causal como en la finalista. Quien obra en virtud de obediencia debida sin duda está actuando; otra cosa es que no merezca pena, ya sea porque su acto resulte justificado, porque sea inculpable, o porque lo ampare la eximición de sanción prevista por la propia ley, como es el caso de nuestro Código.

§ 8. MOVIMIENTOS REFLEJOS

Según ya se ha anticipado, no se puede hablar de acción cuando el movimiento no es producto de la disposición del hombre como ser racional, cuando no existe participación subjetiva. El movimiento reflejo, como en general todas las reacciones e impulsos involuntarios que producen cambios físicos externamente verificables, no reúne los requisitos necesarios para atribuirlo al hombre como ser racional; aunque sea producto de su constitución física

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ese movimiento implica alteración de los ciclos motores controlados por la voluntad y que obedecen a planes conscientes.

Como el movimiento no se pudo evitar y queda desvinculado de la participación subjetiva, el resultado no puede imputarse penalmente y queda impune. No hay acción desde el punto de vista jurídico-penal, y cae el sustrato básico sobre el cual se pueden ubicar las notas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad [30].

§ 9. DISTINCIÓN CON CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Es preciso distinguir claramente las consecuencias de la falta de acción de las causas de inimputabilidad, pues quien se encuentra comprendido en estas últimas actúa, aunque su voluntad esté viciada. Entre las causas de inimputabilidad se encuentra, en el art. 34, inc. 1º del Código Penal, el estado de inconsciencia, que debe ser distinguido de la situación que estamos considerando, pues quien realiza movimientos reflejos y otros instintivos y fisiológicos que impiden el control voluntario, no se encuentra necesariamente en estado de inconsciencia [31].

[30] No son muchos los casos de jurisprudencia que pueden citarse. Influye para ello la evidencia que las situaciones pueden presentar; cuando resultan claras desde su inicio, ni siquiera dan lugar a procesos penales. Cita dos casos, y hace su crítica, Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. III, p. 726.

[31] Terán Lomas sostiene, por el contrario, que los estados de inconsciencia involucrados en el art. 34, inc. 1º excluyen en algunas hipótesis la acción y en otras la imputabilidad. *Derecho Penal*, t. I, p. 458. Sobre impulsiones normales y patológicas, Cabello, Vicente P., *Psiquiatría forense en el derecho penal*, Dicotomía funcional del apéndice psicológico del art. 34 del Código Penal. Revisión crítica, Hammurabi, Buenos Aires, 1981, p. 223. Dice allí: "Las impulsiones están ligadas a las disposiciones instintivas, y van desde el simple reflejo tendinoso hasta la ejecución del acto heroico; la superioridad del hombre sobre el animal, del hombre sobre el niño y la de un cuerdo sobre un insano, reside en la facultad de transformar y dirigir la fuerza ciega y fatal del instituto en un proceso consciente, constructivo y orientado hacia valoraciones predeterminadas; a este poder se le llama voluntad y constituye, juntamente con el discernimiento, el fundamento que caracteriza el 'yo' libre y responsable".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Las consecuencias difieren fundamentalmente, porque si se trata de una causa de inimputabilidad existe acción, ella es típica y antijurídica, y se impone respecto del autor una medida de seguridad (art. 34, inc. 1º, tercer párrafo). Si el supuesto es de falta de acción, no existirá ninguna reacción penal. En estado de inconsciencia se pueden realizar acciones: ellas no son automáticas, interviene el psiquismo, aunque la voluntad no sea libre. Las derivaciones civiles son distintas también, como enseguida veremos.

Siguiendo con el método que nos hemos impuesto, y que consiste en separar, a los efectos del estudio y la indagación de las consecuencias, los elementos de los actos ilícitos en general y considerarlos en sus fases positivas y negativas, es necesario separar los casos de falta de acción de aquellos en los que faltan la imputabilidad o la culpabilidad. Así los hechos del demente no son por sí (aunque pueden serlo en determinados supuestos en los que la condición de enajenación mental no interesa), casos de falta de acción. La acción existe, es propia del sujeto, pudo realizar el movimiento o no hacerlo, poseyó la posibilidad de control psíquico. En esta primera fase de la indagación no interesa que la voluntad del enajenado no sea libre: ello elimina la imputabilidad, pero no la acción. Esta forma de considerar el problema produce consecuencias muy distintas, aun en derecho civil, a aquella otra que mezcla la acción con la imputabilidad y la culpabilidad. Por eso no nos parecen correctos fallos como éste, cuyo resumen expresa: "El menor de diez años, carente de discernimiento y voluntad, no puede realizar actos ilícitos" (Cám. Apel. Dolores, agosto 23-968, *LL*, 124-744). No es así: el menor de diez años puede realizar actos ilícitos, pero no es responsable por falta de imputabilidad, conforme al art. 1076 del Código Civil. La evidencia de que es así, surge si pensamos en que contra la agresión ilegítima de un menor de

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

diez años cabe la legítima defensa; si el acto del menor no fuera ilícito, esa posibilidad deberá descartarse.

El inimputable actúa. Núñez señala que la absolución pronunciada en casos de falta de acción deberá fundarse en que el imputado no es autor o partícipe (Código Penal, arts. 45 y 46) y diferenciarse de los supuestos de absolución por inimputabilidad apoyada en el art. 34, inc. 1º, lo que tiene importancia —insiste— a los efectos de la responsabilidad civil [32]. Beling, en el mismo sentido, había dicho ya que la imputabilidad no es lo mismo que la capacidad de obrar. Hay acciones de inimputables. En el caso de la incapacidad de obrar falta la acción y, en consecuencia, no se presenta la cuestión de la inimputabilidad [33].

Una cuestión sumamente interesante se presenta en relación con la teoría de la acción finalista, pues las fronteras entre la falta de acción y la ausencia de imputabilidad no son nítidas [34]. En efecto, los finalistas trasladan al elemento acción los componentes subjetivos que en la teoría tradicional integran la culpabilidad. De manera que en la acción radica la finalidad, la que puede quedar enervada por la anormal situación psíquica de su autor. "Ya en la acción —dice Córdoba Roda, traductor y comentarista de la obra de Maurach— se debe examinar si la manifestación volitiva está, o no, dirigida por la voluntad. Tan sólo en caso afirmativo existe una acción. Es al tratar de la culpa-

[32] *Derecho penal argentino*, t. I, p. 234.

[33] Beling, *Esquema del derecho penal*, trad. de Soler, Depalma, Bs. As., 1944, p. 19.

[34] El doctor Zaffaroni nos ha señalado que "el finalismo no se lleva ningún elemento de la imputabilidad a la acción. Los casos de ausencia de acto son los mismos para el finalismo que para el causalismo. Lo que sí puede pasar es que algún caso, que el causalismo trata como de inimputabilidad, sea para el finalismo atipicidad, por error de tipo psíquicamente condicionado. Por lo demás, los casos dudosos (sueño, etc.) son tan discutibles en el finalismo como en el causalismo, porque no tiene la solución nada que ver con la estructura del delito, sino con la naturaleza psíquica o biológica de la incapacidad misma".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

bilidad cuando deberá examinarse si la voluntad ha sido, o no, libre en su resolución. La acción exige tan sólo una apreciación fáctica: la presencia de una conducta dirigida por la voluntad a una meta. La culpabilidad postula un juicio de valoración: la libertad de la resolución volitiva" (p. 217). Con tales apreciaciones resulta que la inconsciencia no excluye la imputabilidad sino la acción. Maurach considera dentro de la inconsciencia al sueño profundo, delirios de fiebre de alto grado, profunda impotencia, plena paralización aguda derivada de los estupefacientes. En nuestro derecho, y por disposición expresa del art. 34, inc. 1º, nosotros preferimos, tal cual lo hemos dicho, separar los supuestos de falta de acción de los de inimputabilidad, dadas las notables diferencias que producen adoptando uno u otro criterio. Nos parece, además, la solución justa, pues en situación de inimputabilidad también pueden producirse supuestos de falta de acción, Si le adjudicáramos a un inimputable un resultado que no pudo impedir (que ha sido el producto de movimientos reflejos, por ejemplo) haríamos posible una reacción penal inadecuada —la medida de seguridad— respecto de un hecho no controlado psíquicamente por su autor.

Analizando las consecuencias jurídicas de tales distinciones se ha tratado de reducir los casos de falta de acción a los reflejos, entendidos como movimientos involuntarios que suceden inmediatamente a una irritación periférica interna o externa, pues hay actos que aun siendo típicamente involuntarios, no pueden ser considerados sin más fuera del ámbito de la voluntad. Tales son, en primer lugar, los movimientos instintivos y los automáticos, que no están desvinculados totalmente de la voluntad y son susceptibles de inhibición [35]. La dificultad estriba en que no pueden ser separados en forma tajante los actos voluntarios de los

[35] Maggiore, *Derecho penal*, t. I, p. 318.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

involuntarios, y deben considerarse entre los primeros aquellos que han sido adquiridos y se transforman en automáticos por un mecanismo de acondicionamiento psíquico. Lo contrario implicaría considerar como supuestos de falta de acción hechos ocurridos como consecuencia de movimientos automatizados por su repetición, pero que en su origen fueron el fruto de una atención consciente. Tal el origen de muchos delitos culposos.

Conviene señalar que existe una tendencia a separar dos hipótesis de inconsciencia, lo que se ha reflejado en el Proyecto de 1960 en que la situación de inimputabilidad se da con una grave perturbación de la conciencia (art. 24), mientras que en los casos de inconsciencia plena lo que está ausente es la acción. Jiménez de Asúa había escrito: "Cuando excepcionalmente —nos atreveríamos a decir excepcional en grado superlativo— se produce la inconsciencia absoluta, con la insuperable ausencia de voluntad, el hombre no es agente, sino un mero autómata y nos hallaremos en verdad ante formas de *falta de acto.* El sujeto hizo el movimiento corporal, que causa el resultado, de manera refleja [36].

El Proyecto de 1979 cambia la fórmula de la inimputabilidad y no se refiere al estado de inconsciencia, sino a la "grave perturbación de la conciencia", según el art. 15.

Hipótesis interesantes presenta el sueño, que ha sido presentado como excluyente de la acción [37] o como caso típico de inconsciencia [38]. A nuestro juicio esta última solución es la que mejor armoniza con nuestro derecho. Efectivamente, ya se ha visto que el concepto de acción no es puramente natural sino jurídico. Puede ocurrir que durante el sueño no exista control psíquico de las acciones, pero

[36] Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. III p. 722.
[37] Terán Lomas, ob. cit., p. 458; Gramajo, ob. cit., p. 63.
[38] Soler, *Derecho penal argentino*, t. II, p. 54.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

las consecuencias dañosas producidas durante el mismo, pueden y deben ser previstas. Esas exigencias del derecho son las que permiten englobar la omisión en el concepto amplio de la acción. Si el individuo realiza alguna acción durante el sueño o si omite la acción esperada, actúa. Otra cosa es que pueda resultar no punible por hallarse en estado de inconsciencia. Ésta nos parece la posición correcta si pensamos que, tratando el caso como si fuese de falta de acción, ninguna consecuencia penal acarrearía; y si lo considerásemos como de situación de inimputabilidad el hecho representaría una acción típica y antijurídica, con las distintas implicancias que ello tiene. Además, debe pensarse que la situación de inimputabilidad en que se encuentra un individuo en virtud del sueño, no excluye la posibilidad de que se aplique al caso la teoría de la *actio liberae in causa* (lo que resultaría impracticable si se tratase de una hipótesis de falta de acción). El sujeto pudo y debió prever que durante su sueño o su sonambulismo cometería hechos dañosos. En esas hipótesis, como en los casos de ebriedad total y voluntaria, el reproche se sitúa en el momento inicial de la cadena causal, aquel en que la imputabilidad era indiscutible [39].

La consideración del sueño como supuesto de falta de acción impediría adoptar reacciones penales en casos en los cuales el momento de la imputabilidad —y por consiguiente de la culpabilidad— debe retrotraerse al instante en el cual pudo y debió ser evitada la consecuencia dañosa. Quedarían fuera de reproche, por ejemplo, los accidentes con resultado de muerte o lesiones, causados por un auto-

[39] Véase Altavilla (*La culpa*) para quien no habría acción en los casos de súbito extravío (no patológico) cuando el sueño ha sobrevenido sin que el sujeto estuviera en condiciones de advertir su llegada y sería culpable cuando no fuera sorprendido por el sueño por causas patológicas o de alguna manera imprevisibles o extraordinarias, sino por causas naturales, que pueden preverse y evitarse (p. 442 y subsiguientes).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

movilista que se durmió por haber manejado muchas horas sin descansar.

§ 10. CONSECUENCIAS CIVILES

No generando responsabilidad penal, veamos si los casos descriptos producen consecuencias civiles: En la particular terminología del Código Civil, que llama actos involuntarios a aquellos en que, considerados con mayor precisión y en el sentido que le hemos dado, los daños causados por "hechos involuntarios" no producen obligación de indemnizar (art. 907 en concordancia con lo dispuesto por los arts. 898 y 900. *Sólo se responderá con la indemnización correspondiente* –sigue diciendo el art. 907– *si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido*). La ley 17.711 agregó: "*Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima*". No obstante, puede ocurrir que por aplicación de otros preceptos civiles la responsabilidad sea exigible: así el conductor de un automóvil puede ser absuelto en sede penal si a raíz de haber sido quemado por la brasa del cigarrillo de su acompañante, realiza un brusco movimiento instintivo y desvía la marcha ocasionando un accidente con lesionados. Sin embargo, puede caberle responsabilidad civil si se juzga aplicable el art. 1113 del Código Civil.

Si nos hemos ocupado de reseñar brevemente la cuestión del componente psíquico de la acción, va de suyo que consideramos que sólo el hombre es capaz de acción, y, además, que el derecho penal sólo puede imputar a una

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

persona la acción propia [40]. Además consideramos —y pensamos que el tema no requiere mayores extensiones—, que no es capaz de acción en el sentido jurídico-penal la persona jurídica. Esta atribuibilidad de las propias acciones y nada más que de ellas, no tiene los mismos límites en derecho civil, pues es notorio que en determinadas situaciones se debe responder por el hecho ajeno, aún al margen de cualquier indagación de culpabilidad. Y no solamente por el hecho ajeno, sino por acontecimientos que se producen como derivaciones de movimientos de las cosas, ya sean animadas o inanimadas. Empero, interesa destacar que cuando se debe responder por el hecho de terceros, es preciso que éstos hayan actuado en el mismo sentido antes explicado. En el caso que se deba responder por el hecho del dependiente, por ejemplo, es preciso que éste haya ejecutado una acción, con los componentes objetivos y subjetivos propios de ella. Si no hubiese actuado, si su movimiento hubiese sido el producto de una simple reacción o impulsión inevitable, tampoco el hecho acarrea responsabilidad para el principal. La excepción estaría dada por la aplicación de la teoría del riesgo, a la que más adelante nos referiremos.

Similares consideraciones respecto de la responsabilidad civil pueden hacerse sobre los actos ilícitos atribuidos a las personas jurídicas. Si bien la persona jurídica no puede ser sujeto activo de delitos [41] y habrá que indagar la responsabilidad penal de sus componentes, esos actos ilícitos

[40] El art. 27 de la Constitución italiana declara: "La responsabilidad penal es personal". En la nuestra el principio de la personalidad surge del art. 103, cuando al referirse a la traición impide que la pena vaya más allá de la persona del delincuente y que la infamia del reo se transmita a sus parientes de cualquier grado.

[41] Pero pueden repercutir sobre ellas las consecuencias penales de los delitos cometidos por sus órganos... No es posible desconocer la necesidad de que en ciertos casos, sobre todo en el derecho penal económico y fiscal, los entes ideales no queden al margen de las consecuencias penales de los delitos de sus órganos, según Núñez, ob. cit., t. I, p. 217.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

generan consecuencias civiles para la misma persona jurídica y, eventualmente, para quienes la dirijan o constituyan. Además pueden hacerse pasibles de sanciones civiles: disolución (art. 48, inc. 2º, Código Civil) y ejecución de sus bienes (art. 42, Código Civil), mientras que el art. 43 señalaba que no podían ejercerse contra ellas acciones criminales. El nuevo texto, introducido por la ley 17.711 establece: "*Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: 'De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos'*".

El precepto, en la redacción de Vélez Sársfield, obedecía al criterio que expone en su nota: "El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de este carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal". El cambio, si bien no transforma a las personas jurídicas en sujetos activos del derecho penal, hace recaer sobre ellas las consecuencias de los daños que ocasionen quienes las dirijan o administren, entre los cuales están los provenientes de delitos.

El criterio que sostiene la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas no es pacíficamente aceptado, en doctrina ni en legislaciones, que reglaron el principio inverso [42].

[42] Del Rosal, Juan, *Cosas de derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1973, p. 551.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

§ 11. FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE

El Código Penal se refiere al que "*obrare violentado por fuerza física irresistible*" (art. 34, inc. 2º) para incluirlo entre quienes *no son punibles*, como lo indica el encabezamiento del mismo artículo. El Proyecto de 1960 se orientaba hacia "el que obrare violentado por fuerza física" (art. 27, inc. 2º) y el de 1979 dice: "Cuando una persona obrare violentada por fuerza física irresistible sólo será responsable del hecho el que haya ejercido la violencia" (art. 30), y ubica el tema dentro del capítulo de la *participación*. Se separan así, en forma tajante, este supuesto de falta de acción de la coacción, que excluye la culpabilidad, y que en el art. 34, inc. 2º van juntas; la última en la fórmula de quien obrare violentado por *amenazas de sufrir un mal grave e inminente*. A su vez, el Código Civil hace la misma diferencia. Dice el art. 936: "*Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible*"; y el art. 937: "*Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos*". En la nota el codificador dice: "Cuando en el art. 937 designamos un mal grave e inminente, es porque se tiene presente más bien el temor de violencia que puede hacerse, que las violencias ya hechas. Si yo me decido a firmar contra mi voluntad un acto que me es perjudicial, es por librarme de un mal que me parece mayor, pues no procuraría salvarme de este mal si hubiera pasado. Las violencias que podría haber sufrido en el momento en que se ejecutó el acto, no obran en mí sino haciéndome temer otras violencias. En todos los casos

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

el temor de un mal futuro, pero inminente, es el que determina la voluntad".

Analizaremos la violencia tal cual resulta de la fórmula del Código: Si la acción requiere la presencia de un elemento subjetivo va de suyo que no hay acción cuando el sujeto se convierte en un instrumento de la acción de un tercero. Para que así sea es preciso que se emplee fuerza, entendiendo por tal una energía capaz de provocar un desplazamiento corporal. Esa fuerza debe ser física, con lo cual quedan excluidas las vías morales; pero no necesariamente debe pensarse en el ejemplo del empellón o del que conduce la mano impidiendo toda resistencia, o del que es maniatado para que no realice lo que debe hacer, pues también puede obligar a realizar un movimiento la utilización de un sonido estridente o de un gas irritativo. En todos los casos, la fuerza física con la que el tercero logra provocar el movimiento, debe ser *irresistible*. Vale decir, la suficiente para eliminar toda resistencia. Si así no fuese, si el sujeto a pesar de sufrir la aplicación de esa fuerza pudiese resistirla, y no obstante realiza la acción antijurídica, su responsabilidad penal resultaría incuestionable [43]. Tendríamos un caso de participación y no de desplazamiento de la autoría.

De esta última manera enfoca el problema el Proyecto de 1979 cuando atribuye la responsabilidad del hecho al que haya ejercido la violencia [44].

Una cuestión que tiene trascendencia al tema de la responsabilidad civil es saber si la fuerza de que habla el Código Penal es sólo la proveniente de actos del hombre o también de acontecimientos naturales. Reseñando antece-

[43] Salvo los casos en que puedan resultar aplicables los preceptos referidos al estado de necesidad o a la coacción.

[44] Este proyecto vuelve a calificar a la violencia como "irresistible", adjetivo que había desaparecido, indebidamente, en el Proyecto de 1960, pues lo que elimina la acción es el carácter de irresistible de la fuerza aplicada.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

dentes históricos, algunos autores piensan que la fórmula es comprensiva de ambos supuestos [45] y otros reservan la noción a los actos del hombre, entendiendo que los provenientes de la naturaleza son casos fortuitos [46]. Para nuestro criterio, manteniendo el tema en el terreno de la teoría de la acción, ésta queda excluida por fuerza física irresistible, ya sea que la misma provenga de fenómenos naturales o que derive de la acción ejecutada por un tercero [47]. Con lo cual pensamos que la acción de un tercero, que por violencia irresistible origina un movimiento dañoso, no excluye la culpabilidad sino la acción. Esto es particularmente importante en relación con el tema de la culpa concurrente. Hay jueces penales que reprochan a los defensores, en causas originadas en accidentes de tránsito, que insistan en la demostración de la culpabilidad de los otros imputados, cuando a juicio de esos magistrados sólo deben alegar la falta de culpabilidad de sus defendidos. Se produce, a nuestro juicio, una confusión entre lo que es culpabilidad y lo que es nexo causal entre la acción y el resultado. Interesa fundamentalmente, en algunos casos, si la acción del tercero fue la causa del resultado, pues si así fuese quedará eliminada la posibilidad de imputar acción a quien se le atribuye [48].

Como tradicionalmente se ha considerado, y es así conforme al derecho argentino, la responsabilidad penal en

[45] De la Rúa, Jorge, *Código Penal argentino*, vol. I, p. 395.

[46] Soler, *Tratado*, t. I, p. 253.

[47] Terragni, *Homicidio y lesiones culposos*, p. 30.

[48] "Hay que distinguir entre causalidad y culpabilidad, cuando se trata de resolver sobre la culpabilidad por daño sufrido por la víctima en su cuerpo; porque la primera tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un resultado cualquiera —o más concretamente un daño— debe ser imputado objetivamente a la acción o a la omisión de una persona (*imputatio factis*); y la segunda tiende a determinar cuándo y en qué condiciones un resultado debe ser imputado subjetivamente a su autor (*imputatio juris*), a fin de establecer si éste debe ser considerado culpable de él, a los fines de la responsabilidad" (SA Mendoza, Sala II, setiembre 30-964, *Rep. LL*, XXVI, 428, sum. 359).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

estos casos corresponde a quien ha ejercido la violencia, y así lo dice expresamente el Proyecto de 1979 en el artículo citado. No se trata de autoría mediata, que sí se da cuando el agente se vale de un inimputable o de un inculpable, sino que en los casos de falta de acción, el verdadero autor utiliza al otro como un simple instrumento.

§ 12. CONSECUENCIAS CIVILES

Quien realizó el movimiento que produjo el resultado dañoso no será punible, por aplicación del art. 34, inc. 2º del Código Penal, y sí habrá responsabilidad penal en quien ejerció la violencia. Las consecuencias civiles del ilícito deberá afrontarlas éste.

La cuestión no presenta dificultades en materia de delitos dolosos, pero no es tan simple en relación con los culposos, y más concretamente con los derivados de accidentes de tránsito (homicidios o lesiones). Si un automovilista embiste a otro con su vehículo, y éste, al ser desplazado, choca a un tercero orginando lesiones a sus ocupantes y daños materiales, resulta evidente que el segundo conductor deberá ser absuelto por aplicación del precepto del Código Penal ya señalado. La misma solución corresponde en materia civil, pues este último no ha sido *autor* del hecho dañoso.

No obstante, este criterio no es compartido, y se sostiene que el sujeto pasivo —quien ha sufrido los daños—, puede demandar a ambos conductores sin necesidad de investigar la mecánica del accidente. Y se condena a ambos —en sede civil— utilizando el mismo criterio y dejando para una discusión posterior, entre los obligados al pago, la determinación de las consecuencias finales de la obligación de indemnizar. No nos parece correcto: si la responsabili-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

dad civil se basa en el hecho del hombre, y éste no ha sido autor de la conducta que origina daños, no puede ser condenado a indemnizar. En caso de accidentes con múltiples intervinientes les corresponde a los jueces determinar la concreta responsabilidad civil de cada uno de los demandados, para absolver a quien no la tenga [49].

§ 13. LA FUERZA MAYOR Y EL CASO FORTUITO

Existe disidencia entre los penalistas sobre la exacta ubicación del caso fortuito en la teoría del delito. Para algunos se trata de un supuesto de falta de acción [50] y para otros de inculpabilidad [51]. Antes de tomar partido por una u otra tesis conviene hacer las siguientes reflexiones: cuan-

[49] Aplicando una argumentación, a nuestro criterio correcta, se ha resuelto que: "Si el fundamento de la responsabilidad sigue siendo la culpa —ya que la teoría del riesgo ha sido recién introducida limitadamente por la reforma de la ley 17.711, no puede condenarse a uno de los demandados si se prueba que ha mediado culpa exclusiva del otro codemandado" (CNCiv., Sala E, octubre 16-968, *LL*, 133-861). "Si bien es cierto que el accidente de tránsito es, en síntesis, un hecho único e indiviso, ya que sin la participación de uno de los agentes el encuentro no se habría producido, no lo es menos que para que los protagonistas de ese hecho sean también en el orden jurídico responsables por el daño causado, nuestra ley civil exige que los coautores hayan obrado con culpa o negligencia (art. 1109, Código Civil) (CNCiv., Sala F, noviembre 12-969, *LL*, 139-793, 24.259-S.).

En la sentencia dictada por la Sala 1ª Civ. y Com. de Santa Fe en "Luna, Antonio A. c/Zlauvinen, Rodolfo G. y/u otros s/demanda ordinaria" del 4 de mayo de 1979, no obstante analizarse la conducta de ambos conductores respecto de los daños sufridos por un tercero, el tribunal partió del principio de que el damnificado no tiene por qué investigar la mecánica del accidente y determinar qué automóvil fue el causante del mismo, siendo la demanda procedente contra ambos demandados. Cita fallos publicados en *ED*, t. 16, p. 196; *LL*, 127-464 y *LL*, 139-775).

[50] La designación tradicional, *casus*, no marca propiamente el límite de la culpabilidad, sino el límite de la *acción humana*. El *casus* es, por excelencia, *la no acción* (Soler, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 253). Conf. Terán Lomas, ob. cit., t. I, p. 299.

[51] "El caso fortuito constituye el límite de la culpabilidad" (Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 212.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

do el sujeto es impulsado por la acción de otro o por la fuerza de fenómenos naturales, no hay acción porque falta el componente subjetivo de ésta. Es diferente cuando el individuo ha realizado un movimiento (que pudo evitar), y ese movimiento produce un resultado imprevisible, en virtud de circunstancias puramente fortuitas. No se tratará, en este último supuesto, de un problema de falta de acción, sino de inculpabilidad. La cuestión tiene importancia por las distintas consecuencias que se derivan en una u otra hipótesis. En el primer caso –falta de acción– el hecho no será antijurídico; en el segundo –ausencia de culpabilidad– lo será, pero no habrá posibilidad de aplicar penas porque la conducta no puede ser jurídicamente reprochada.

A nuestro juicio, y conforme con lo expuesto, el caso fortuito funciona de las dos maneras, y dependiendo de las circunstancias: si como consecuencia de un alud una persona es proyectada contra otra y la lesiona, no hay acción. Si un cirujano yerra en una incisión como consecuencia de un movimiento de tierra, no hay culpabilidad. Reconocemos, no obstante, que las fronteras no son nítidas, pues el caso fortuito significa siempre un acontecimiento imprevisible que altera el curso causal tenido en mira por el agente; de manera que al ubicarse en el plano causal se trata de una hipótesis vinculada con la acción, y al ser imprevisible se ubica en el terreno de la culpabilidad. Es quizás ésta una de las materias de la teoría del delito que demostrarían una mayor coherencia de la teoría finalista sobre la meramente causal.

El Código Civil define el caso fortuito en el art. 514 diciendo que es aquel que no ha podido preverse, o que, previsto no ha podido evitarse. En la nota el codificador aclara que los casos fortuitos o de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas: la naturaleza o el hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales son, por ejemplo, la

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

impetuosidad de un río que sale de madre, los terremotos, etc.; mientras que los casos de fuerza mayor son hechos del hombre como la guerra, la orden del soberano, etcétera.

En materia penal frecuentemente se equiparan ambas expresiones, aunque hay autores que conservan la distinción, pensando que lo que es obra de la naturaleza permanece extraño al derecho penal, mientras que el caso fortuito acontece por efecto de nuestra voluntad, aunque fuera de los límites de lo previsible. Es el criterio de Peco, quien lo explica en la Exposición de Motivos a su Proyecto de Código Penal: aunque "el caso fortuito no tiene abolengo en el derecho penal argentino. No ya el Código actual, ningún proyecto, ni siquiera el de Tejedor, se ocupan de él" ;"sin embargo, la preterición del *caso* no se justifica. A pesar de que en doctrina domina el criterio de la superficialidad, es conveniente su incorporación a los textos legales para trazar el esquema de la culpabilidad"; "trunco quedaría el territorio de la culpabilidad, si no se trazaran los límites entre la culpa y el caso fortuito, así como los de la culpa y el dolo" [52]. Por ello propone, como parte final del art. 7 de su Proyecto, el siguiente texto: "No existe delito, si en ocasión de ejecutar un acto, incluso típicamente antijurídico, el autor causa un daño por puro accidente". Se advierte en esta frase una contradicción insalvable, pues si el acto es típicamente antijurídico, no llegará a ser delito porque falta culpabilidad en su autor, pero seguirá siendo un *injusto*, con las consecuencias que de él se derivan.

En la Exposición de Motivos el tema sigue deambulando entre el problema causal y el de la culpabilidad, ya que se exige la debida diligencia en el obrar para atajar los resultados dañosos. Pero puede, excepcionalmente —dice Peco— resultar de un acto como el de quien lanza una piedra y alguien muere del susto. El resultado es imputable

[52] Peco, José, *Proyecto de Código Penal*, La Plata, 1942, p. 54.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

sólo cuando existe un nexo de causalidad con el acto y el nexo subjetivo de la previsibilidad. Concluye: "Lo esencial en el caso fortuito es que el acto acontezca por puro accidente, por ventura, sin interferencia de culpa ni de dolo" [53].

Rescata así Peco la disposición del Código Penal de 1886, que se refería al que, en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente (art. 81, inc. 6º).

Y, efectivamente, la expresión *mero accidente* es utilizada por los fallos en los que se ha absuelto entendiendo que mediaron circunstancias imprevisibles [54].

§ 14. CONSECUENCIAS CIVILES

Como no es posible atribuir el resultado a quien sólo en apariencia lo provocó, pero que no estuvo en situación de preverlo ni de evitarlo, tampoco pueden ponerse a su cargo las consecuencias civiles. Si bien el art. 513 del Código Civil se refiere al cumplimiento de las obligaciones, diciendo que el deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultasen de caso fortuito o fuerza mayor, debe entenderse que con mayor

[53] Peco, José, ob. cit., p. 55. Criterios similares son utilizados por Carrara, quien enseña: "El no haber previsto la consecuencia ofensiva, separa la culpa del dolo, y el no haberla podido prever, separa el caso de la culpa" (*Programa*, vol. I, par. 84). "Si el conductor ha padecido estados de ausencia anteriores al accidente, la afirmación de que el desvanecimiento padecido constituye un evento 'totalmente imprevisible' no es verdadera, pues no es de aquellos acontecimientos que revisten carácter extraordinario, superior a lo común y que escapan a las posibilidades de previsión humana, previsión que como explica la nota al art. 514 del Código Civil no debe entenderse en términos de una previsión precisa, conociendo el lugar, el día y la hora en que el hecho sucederá, sino de la eventualidad de que tal hecho pueda ocurrir sin que sea posible saber dónde y cuándo" (CNCiv., Sala C, abril 29-970, *LL*, 141-674, 25.516-S).

[54] Fontán Balestra, ob. cit., t. II, p. 215.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

razón las consecuencias derivadas de los actos extracontractuales debidos a casos fortuitos o de fuerza mayor están exentas de responsabilidad civil. Y es que, obrando una causa ajena a la previsibilidad, ni siquiera puede hablarse de ilicitud, que implica una contravención o desobediencia a los mandatos jurídicos. Se entiende, por supuesto, que se trate de un típico caso fortuito, y no de aquel acontecimiento ocurrido por culpa (art. 513, Código Civil). También debe dejarse a salvo la posibilidad de que el acontecimiento imprevisible actúe como concausa o que sólo integre el nexo causal junto con otros actos imputables al agente, en cuyo caso no podrá eximirse de responsabilidad por los hechos propios que produzcan daños [55].

Aun en los casos de responsabilidad objetiva —como el originado por el riesgo o vicio de la cosa—, es necesario probar, además del daño, el nexo de causalidad adecuada; la demostración de esta relación es un presupuesto de la existencia de responsabilidad [56]. Puede ocurrir que una acusación penal quede desvirtuada ante la comprobación de que el resultado aconteció por una causa fortuita, e incluso discutirse la responsabilidad civil en virtud de la teoría del riesgo; pero en ese caso también la reclamación por daños será rechazada, ya que la situación queda equiparada a la de culpa de la víctima [57], o de un tercero [58], por las cuales no se debe responder.

[55] Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, t. I, p. 224.

[56] Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 219; dice que el caso fortuito actúa como sinónimo de "causalidad inadecuada".

[57] "La cadena causal puede romperse por la interferencia de la conducta —acción u omisión— del propio afectado por el hecho dañoso" (CNCiv. Sala B, diciembre 21-964, *LL*, 118-922, 12.193-S).

[58] "Si el hecho dañoso es consecuencia de la conducta de un tercero, el ejecutor y la víctima resultan sujetos meramente pasivos. Son elementos de acción (autor material) y de recepción (damnificado) de un perjuicio, en calidad de partícipes involuntarios, ya que el tercero es la causa del daño y a éste corresponde indemnizarlo" (CNCiv. Sala C, mayo 7-970. *LL*, 141-671, 25.490-S).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

§ 15. CULPA DE LA VÍCTIMA Y COMPENSACIÓN DE CULPAS

A pesar de la denominación preferimos tratar brevemente estos temas dentro del capítulo de la acción, pues a nuestro juicio son problemas de causalidad. Si el acontecimiento dañoso se produce por culpa de la víctima y no de la acción del sujeto a quien se atribuye, y a su vez si la conducta de la víctima fue imprevisible, no habrá responsabilidad penal ni responsabilidad civil.

Asimismo resulta errónea la expresión *compensación de culpas*, pues las culpas no pueden compensarse; ellas son expresión de la actitud de cada uno respecto de la conducta emprendida, y sobre esa actitud se realiza el juicio de reproche. Concurriendo varios autores a la producción del resultado, cada uno debe responder en la medida en que concurrió a que se realizara, y ello es un problema de causalidad y no de culpa. Es exacto el criterio final que establece que "en materia de responsabilidad penal no caben equivalencias ni compensaciones de culpa" (SC Buenos Aires, noviembre 14-972, *Rep. LL*, XXXII, 383) porque cada uno responde ante la ley penal en cuanto se lo encuentre autor y culpable. La confusión entre culpabilidad y causalidad es notoria en fallos como el que expresa: "Cabe la compensación de las culpas de los autores en el hecho, de acuerdo con el valor de la participación de cada uno, en lo referente a la acción civil de indemnización introducida por la querella en el proceso penal, si la víctima coadyuvó en cierta medida a la producción del choque, no tomando las providencias aconsejables por las circunstancias" (ST Entre Ríos, Sala Crim. y Correc., febrero 25-966, *Rep. LL*, XXIX, 604, sum. 95). Ni siquiera en el orden civil existen compensaciones de culpas; lo que

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ha expresado la Sala F de la CNCiv. el 1º de setiembre de 1964: "El criterio de la compensación de las culpas no tiene aceptación en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación. Si se admitiera esa compensación se volvería la espalda al principio de que cada uno debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido con su hecho a producirlo" (*LL*, 118-101).

La situación la resuelve el art. 1111 del Código Civil: "*El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna*". El codificador en la nota cita un párrafo de Aubry y Rau con un ejemplo que no es muy afortunado; por lo menos no lo es en la época actual en que aun en casos así se respondería por la violación del deber de cuidado. Pero de todas maneras el artículo es útil porque en el caso en que la víctima haya contribuido a la producción del daño, debe absorber la parte que corresponde al que por su causa ha sufrido, con lo que necesariamente disminuirá la indemnización a cargo del otro.

La jurisprudencia resuelve casos de este tipo, de manera prácticamente unánime acudiendo al concepto de "*concurrencia de culpas*, lo que dicho con mayor precisión sería concurrencia de acciones culposas, pues se trata de una cuestión de causalidad, que por supuesto repercute en la responsabilidad. En el fallo de la CNCiv. Sala B, octubre 30-979, "De Lasalleta, Jorge F. c/ Lobos, Andrés R. y otros", se argumenta en torno a la concurrencia de culpas en el accidente, para precisar luego que ella existe "cuando el daño es el resultado de la conducta de ambas partes, por haber sido cada una de ellas condición indispensable para que se produzca el perjuicio, es decir, que la culpa de la víctima y la del autor del hecho son factores concurrentes en su producción" (*LL*, 2/1/80).

La Sala 1ª Civ. y Com. de Santa Fe en autos "Morra,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Agustín R. c/Wszyndilyl, Estanislao s/daños y perjuicios", revocó la sentencia de primera instancia en que se rechazaban demanda y reconvención por entender que en virtud de lo dispuesto por el art. 1111 del Código Civil se deben compensar las culpas. La Sala cita a Orgaz (*La culpa*) en el sentido de que la culpa no tiene naturaleza económica y, por ende, no se puede compensar, pero sí corresponde distribuir el grado de responsabilidad en proporción a la causalidad o a la diversa gravedad de las culpas (resolución del 16 de noviembre de 1979)[59].

§ 16. CONSIDERACIONES SOBRE LA OBEDIENCIA DEBIDA

El Código Penal exime de pena al que obra en virtud de la obediencia debida (art. 34, inc. 5º). No obstante esta ubicación independiente entre las causas que excluyen la punibilidad, prevista ya en los mismos términos por el Código de 1886, su naturaleza jurídica ha originado considerables dificultades, traducidas en opiniones dispares. Es oportuno considerarlas en el tema de la acción pues tiene antigua raigambre el concepto en virtud del cual el agente *es sólo un instrumento pasivo* de una voluntad más alta[60]. Si es así, quien ejecuta el hecho no actúa, y sí lo hace quien imparte la orden. Ésa es la opinión de Soler[61], incorporada al Proyecto de 1960, cuyo art. 27 en su segunda parte dice: "No es autor el que obrare violentado por fuerza física o en virtud de una orden de autoridad com-

[59] En la exclusión del nexo causal explicaban los romanos los casos de la llamada compensación de culpas. La negligencia del dañado haría dudoso, entonces, el nexo causal entre la culpa del agente y el daño (Guarneri, *La influencia del derecho civil en el derecho penal*, p. 241).

[60] Así lo dice el Comentario oficial del Código Bávaro, fuente del Proyecto Tejedor.

[61] Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 255.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

petente, impartida en las formas debidas, cuando la ley no permite al ejecutor examinar la legalidad de la orden. En ambos casos, quien ha ejercido violencia o dado la orden es punible como autor directo del hecho". En el Proyecto de 1979 se contempla la obediencia debida en el capítulo de la participación, cuyo art. 31 dice: "Cuando una persona obrare en cumplimiento de una orden cuya legalidad no le compete examinar, sólo será responsable del hecho quien impartió la orden, salvo que ésta fuera groseramente delictiva".

No era ésta, empero, la opinión de los tratadistas argentinos, ni siquiera la de Soler en las primeras ediciones de su obra básica. Los criterios oscilaban entre tratarla como una causa de justificación por cumplimiento del deber, o de inculpabilidad por error o por coacción. Por nuestra parte, pensamos que se trata de una causa autónoma de exclusión de pena [62], y que la formulación legal debería mantenerse en los términos del art. 34, inc. 5º. No puede tratarse de exclusión de la acción, pues quien ejecuta la orden *actúa* [63] (el inc. 5º dice: "El que obrase . . ."), realiza una acción, pero no se lo pena; quien resulta responsable es quien impartió la orden, por aplicación de las reglas de la autoría mediata. La fórmula propuesta en el Proyecto de 1979 lo dice expresamente, aunque los contornos son imprecisos por la utilización del adverbio *groseramente*, que posibilita una interpretación muy elástica.

Pues bien: cuando se trata de analizar la conducta de quien actúa en virtud de la obediencia debida, y se cumplen todos los requisitos fijados por la doctrina y la jurisprudencia (órdenes que provengan de superior jerárquico en la relación estatal; que deben estar en la esfera de las

[62] Terragni, Marco Antonio, *Homicidio y lesiones culposos*, p. 31; véase De Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1969.

[63] De la Rúa, ob. cit., p. 440; Gramajo, ob. cit., p. 143.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

atribuciones del superior; que el subordinado no pueda revisar la legalidad de las órdenes; que éstas sean o no manifiestamente ilegales), se impone la absolución en sede penal.

§ 17. CONSECUENCIAS CIVILES

Si quien ejecuta el hecho no merece pena, tampoco es responsable por las derivaciones civiles de su acción: deberá indemnizar el autor mediato y, en su caso, el Estado por el hecho del funcionario, a tenor de lo dispuesto por el art. 1112 (*"Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título"*), y el art. 1113 (*"La obligación del que ha causado el daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado"*). Todo ello con relación al art. 43, que afirma la responsabilidad de las personas jurídicas por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones, y por los daños que causen sus dependientes.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Capítulo II

LA TIPICIDAD

§ 18. Concepto

A partir de comienzos de este siglo prácticamente toda la teoría del delito se ha elaborado en relación con la teoría del tipo [1]. Esto no significa que con anterioridad a Beling no se concediera importancia a la descripción legal, sino que no se habían focalizado los esfuerzos para extraer todas las consecuencias posibles del estudio del tipo penal. Si situamos el nacimiento del derecho penal moderno en la obra de Beccaría, vemos que registra la insistencia para que se elimine la arbitrariedad judicial. En su época los delitos no estaban perfilados o "tipificados" merced a definiciones legales precisas y que no fueran susceptibles de interpretación extensiva por analogía. Por el contrario, las leyes penales solían ser descriptivas, esto es, enumerativas de "casos" concretos incluidos bajo la calificación de hurto, homicidio, estupro, etc. Con la ayuda de la abundantísima y también casuística doctrina penal, los jueces podían interpretar extensivamente cualquiera de los casos legalmente penados y

[1] Una exposición histórica resumida puede verse en Roxin, *Teoría del tipo penal*, p. 56 y ss.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

dar entrada por analogía a supuestos no previstos por el legislador [2].

De allí que Beccaría haya afirmado: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o pena. Cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aunque sea sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre". Este criterio constituía la aspiración de todo un movimiento filosófico y político que culminó con la Revolución Francesa. Las leyes debían ser dictadas y publicadas en el lenguaje del pueblo, de manera que cada uno de sus integrantes supiese juzgar por sí mismo cuál podía ser la suerte de su libertad; los jueces debían limitarse a aplicarlas, sin torcer su sentido con interpretaciones personales. Con leyes claras e inteligibles y no tergiversadas, existiría libertad jurídica. El principio de legalidad, de este modo entendido, comprende tanto a la descripción de las acciones delictivas como de las penas aplicables. Así, para Beccaría, una pena aumentada más allá del límite fijado por las leyes es la pena justa más otra pena; por tanto, un magistrado no puede bajo ningún pretexto de celo o de bien público aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente [3].

Para no mencionar sino unos pocos pensamientos de aquellos que iluminaron con su genio el desarrollo del derecho penal, diremos que Romagnosi tituló un capítulo de su *Génesis* [4], con la frase *De cuán importante es para la libertad pública y privada fijar los caracteres y límites del delito.* Allí dice que los juicios criminales no pueden tener legitimidad y utilidad antes de que se haya determinado

[2] Tomás y Valiente, Francisco, Introducción y notas a *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid, 1969, p. 28.

[3] Beccaría, *De los delitos y de las penas*, III, Consecuencias.

[4] Parte Tercera, Libro Segundo, Capítulo VII.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

exactamente qué acciones se deben considerar como delictivas y cuáles como inocentes. Según su criterio, para esa determinación no es suficiente que las leyes declaren delito una acción, si ella no estuviese prohibida por el "santo y eterno código de la naturaleza".

Por su parte, Carrara, al tratar acerca del tema de la irretroactividad de la ley, afirma con lógica irrebatible que el delito es un ente jurídico formado por las relaciones de contradicción entre un hecho y la ley, y que no puede haber contradicción entre lo que se hace y una ley que *todavía no existe* [5].

La doctrina del tipo y la tipicidad constituyen la continuación, el desarrollo y la profundización de los aportes al principio de legalidad y a la necesaria separación entre las acciones libres y las impuestas. Así se concretan los postulados liberales, pudiendo afirmarse que el *nullum crimen nulla poena sine lege* que Feuerbach enunció, es el postulado fundamental del derecho penal moderno.

Pero hasta el nacimiento del siglo xx —si apartamos la función de la descripción legal como garantía de la libertad que hemos expuesto—, el estudio del delito se hacía a partir de datos objetivos (la antijuridicidad) y de aspectos subjetivos (la culpabilidad), sin entrar a considerar la importancia de la figura en sí. Las indagaciones de Ernest von Beling llamaron la atención sobre este tercer elemento: el tipo, sin el cual no hay antijuridicidad ni culpabilidad. En su estudio inicial el tipo era la descripción abstracta de la conducta conminada con pena, independiente del juicio de valor sobre su antijuridicidad y sobre el contenido subjetivo de la misma conducta.

No es nuestro objeto seguir la evolución de la teoría del tipo, que puede estudiarse en obras especializadas [6],

[5] Carrara, *Programa*, vol. II, par. 756.

[6] Por ejemplo, la de Alfonso Reyes Echandia, *La tipicidad*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

sino señalar que alrededor de ella se elaboran las concepciones sobre el delito, dogmáticamente considerado. Del juego armónico de los distintos elementos en torno al tipo se extraen también las definiciones del delito. Así desde el primer momento en que el tipo desempeñó el simple papel de una descripción abstracta, carente de valoraciones, pasó a otro en que el tipo constituía un *indicio* de antijuridicidad (M. E. Mayer [7]) y luego *la razón esencial* de la antijuridicidad (Mezger [8]). En 1930, Beling tuvo nuevamente una intervención decisiva en el tema al desentrañar las funciones del tipo, distinguiendo la figura rectora, el tipo de delito y la adecuación típica, para concluir en que sólo es susceptible de sanción penal la conducta *típicamente antijurídica y culpable.* La concepción finalista de la acción produjo una considerable alteración en las ideas tradicionales, pues analiza en el tipo partes objetivas que se refieren a la conducta, al resultado y a las características del autor del hecho y otras subjetivas que se asimilan al

[7] Es conocida la explicación gráfica: El tipo guarda respecto de la antijuridicidad la misma relación que el humo con el fuego: el humo no es fuego ni contiene fuego, pero mientras no se pruebe lo contrario indica la existencia de fuego.

[8] El tipo, como tipo del injusto, en el sentido del par. 59, párr. 1, circunscribe el injusto al cual el Código Penal liga la conminación de una pena; es "injusto tipificado" (siempre que no exista una causa de exclusión del injusto). En la descripción del injusto le corresponde, por lo tanto, una significación *material*, es su "fundamento real", su *ratio essendi*, y no sólo su fundamento de reconocimiento, no simple *ratio cognoscendi.* Muchos autores lo señalan como un "indicio" de la antijuridicidad (p. ej., Nagler y M. E. Mayer); es cierto que el tipo no demuestra siempre la antijuridicidad de la acción (a saber, cuando existe una causa de exclusión del injusto) pero la expresión indicio se acerca demasiado, por otra parte, al mero fundamento del reconocimiento, en tanto que el tipo fundamenta y no deja simplemente reconocer el injusto cuando una causa de exclusión del injusto no lo anula. Depende de las circunstancias el saber si el tipo trae consigo el injusto en una forma conceptual determinada —como ocurre en el hecho de quitar y adueñarse de una cosa ajena en el par. 242— o si crea el injusto de por sí— como en los casos del incesto (par. 173) o de la impudicia contra la naturaleza (par. 175). Lo uno es tan posible como lo otro", *Derecho penal*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1958, p. 145.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

dolo. En los delitos culposos, el tipo en el sentido restringido que expone Welzel, se refiere generalmente sólo al resultado [9]. En esta concepción de la teoría del tipo se produce un corte sistemático entre hechos dolosos y culposos [10].

No existe mayor disidencia, empero, en considerar el tipo como la descripción legal de una conducta conminada con pena; que el tipo contiene un núcleo constituido por el verbo, que marca la acción, y elementos descriptivos, subjetivos y normativos.

Con tales enunciados el tipo se revela importante en varios sentidos; como garantía individual con jerarquía constitucional (art. 18, Constitución nacional) pues "el tipo es la *lex* del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*" [11], de manera que sólo está mandada la conducta descripta; quedan proscriptas las leyes *ex post facto* y la analogía [12]. También como factor de referencia su función es funda-

[9] Welzel, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 87.

[10] Maurach sostiene que el tipo es en primer lugar *acción* tipificada por la ley en una figura legal. Debe comprender, pues, las características integrantes de la esencia de la acción: *voluntad* dirigida en una determinada dirección, y *manifestación de esta voluntad*. Pero desde el momento en que para descubrir el total injusto de una acción debe acudirse al resultado, separable ideológicamente de ella y susceptible en todo caso, y tan sólo, de ser determinado atendiendo a puntos de vista jurídico-penales, será también el resultado parte integrante del tipo. El tipo aparece, entonces, como un fenómeno complejo, comprensivo de la voluntad, de la manifestación de voluntad y del resultado. También según su criterio, el corte sistemático entre los hechos dolosos y culposos debe interponerse en la teoría del tipo; *Derecho penal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, t. I, p. 267.

[11] Maurach, ob. cit., p. 265.

[12] La Sala 2ª de la Cámara Penal de Santa Fe menciona estos principios en el caso publicado en "Juris" el 19 de noviembre de 1979. El vocal Dr. Francisco Rodríguez Berca dijo: "Entrando a la consideración de los agravios traídos a la instancia, entiendo que la sentencia apelada es justa en cuanto califica de hurto simple la conducta del apoderamiento de las herramientas que estaban depositadas en la máquina cosechadora. El art. 163, inc. 1º del Código Penal, habla de *'máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo'*. Resulta ocioso decir que el Código Penal argentino se fundamenta en establecer tipicidades concretas que responden a una descripción contenida en la ley. Una conducta determinada, para ser punible, ha de ajustarse

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mental, pues la antijuridicidad y la culpabilidad deben ser las que corresponden, de acuerdo con el tipo. Desempeña, asimismo, un papel decisivo en la diferenciación entre las distintas conductas ordenadas, permitiendo sistematizar la parte especial de los códigos. Por último, adquiere importancia procesal, ya que sólo se iniciará un proceso penal cuando aparezca, *prima facie*, realizada una de las conductas previstas [13].

La vinculación del tipo con la antijuridicidad es indudable (ya vimos las concepciones de Beling, Mayer y Mezger al respecto). El legislador sólo acuña en tipos aquellas conductas que configuran un daño o ponen en peligro bienes jurídicos. De manera que desde el mismo momento en que pone en vigencia una ley que señala como delictiva determinada conducta, su comisión es antijurídica. Existe una antijuridicidad intrínseca en esa descripción. Ello no quiere decir, empero, que en determinados supuestos esa misma conducta no resulte contraria a derecho, lo que se pro-

---

estrictamente a esa tipicidad prevista, y que haya sido legislada como tal con anterioridad al hecho justiciable. En el caso de autos, es suficientemente claro que las herramientas que estaban depositadas en la máquina, no corresponden en modo alguno a la descripción de *'máquinas o instrumentos de trabajo'* de los que habla la ley. Que no es máquina —por ser tan notorio— no necesita una demostración. En cuanto a *'instrumentos de trabajo'*, si bien las herramientas lo son no es ése el alcance que ha pretendido dar el legislador a la expresión, sino que al hacerlo se ha referido a rastras, arados, sembradoras o similares que deben ser dejados en el campo. No es lo mismo, por otra parte, la función que cumplen las ruedas, inyectores, dinamos o farol de una máquina que menciona el apelante, sin los cuales ésta deja de serlo o no puede funcionar, que herramientas, las que en un momento determinado pueden ser necesarias para una reparación, pero que de modo alguno forman parte de la máquina ni son indispensables para su funcionamiento. El hecho de que se condenara a los operarios a cargar con las herramientas cada vez que dejan la máquina en su sitio, no es argumento que sirva para hacer ingresar esos elementos en una tipicidad que no los tiene previstos. Huelga decir que no puede aplicarse la ley en base a analogías".

[13] Art. 1º del Código Procesal Penal de la Capital; el mismo número en el Código de Santa Fe, el que se refiere en varias oportunidades al *hecho típico*, como en el título del capítulo referido a los medios de prueba.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

duce —fundamentalmente— por obra de las causas de justificación [14].

Debe destacarse también que la tipicidad es una característica exclusiva del derecho penal [15]. No es que las otras ramas del derecho carezcan de descripciones de conductas, ya que la ley en general las realiza para establecer las consecuencias de cada acción, pero la diferencia radica en que el derecho penal está estructurado de manera tal que no puede haber comunicabilidad entre los distintos ti-

[14] No parece acertada la utilización de las expresiones *estructura típica de prohibición* y *tipos permisivos*; la primera porque el propio carácter típico implica un imperativo, que puede ser un mandato o una prohibición, y la segunda porque siendo el tipo una descripción, básicamente no hay ninguna descripción de conductas permitidas en la ley: éstas pueden ser todas, menos las conminadas con pena. Por lo menos la expresión "tipo permisivo" es equívoca, y requiere que se la acompañe con las explicaciones que suministra Zaffaroni en *Teoría del delito*, p. 456.

Otra cosa es hablar del juego prohibición-causa de justificación, pues a nuestro entender una conducta que está cubierta por una causa de justificación nunca ha sido antijurídica: de manera que sólo por comodidad en el análisis podrá decirse que la antijuridicidad *desaparece* en virtud de una causa de justificación.

[15] Dice Guarneri (ob. cit., p. 190) que la tipicidad en derecho civil no es posible, porque no se pueden enumerar las múltiples acciones de las cuales no solamente nacen derechos, sino con las cuales se producen daños. Sin embargo, ésa no es una diferencia específica, pues con similares argumentos el proyecto Krylenko juzgaba imposible la descripción de las acciones conminadas con pena. La tipicidad no es característica del derecho penal en general, sino del derecho penal de los regímenes respetuosos de la libertad individual.

En otro sentido, se ha sostenido que el art. 1066 del Código Civil argentino implica la consagración del principio de legalidad y por extensión del de tipicidad, que concretiza el anterior, en cuanto *ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto*". No obstante se haya podido pensar que en materia civil los tipos son *abiertos*, la gran diferencia está en que no hay una descripción de las conductas ordenadas, y sí una formulación indefinida, como la del art. 1067 y sus concordantes; y aunque en algunos casos la ley indica expresamente cuál es la acción mandada, las situaciones no previstas deben ser, de todas maneras, resueltas por aplicación del art. 16, Código Civil, mientras que una situación no prevista por las leyes penales no puede ser abarcada en absoluto por la analogía ni los principios generales del derecho.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

pos, y por lo tanto no pueden llenarse las posibles "lagunas del derecho".

En cambio, en derecho civil, comercial, etc. una conducta que no está específicamente prevista produce, no obstante, consecuencias jurídicas similares a las especialmente determinadas (art. 16, Código Civil).

De ello resulta que si no se reúnen los requisitos típicos no hay posibilidad de aplicar ninguna sanción penal, pero no está excluida de por sí la consecuencia civil, como luego veremos.

§ 19. CONTENIDO DEL TIPO

Siendo el tipo la descripción legal de la conducta conminada con pena, resulta claro que no todas las disposiciones del Código Penal son tipos, sino sólo aquellas que tienen esa específica función y están previstas en la Parte Especial, en las leyes penales especiales y en las leyes penales comunes que tienen contenido penal, y a todas las cuales se les aplican las disposiciones generales, mientras no dispongan lo contrario (art. 4º, Código Penal).

Es necesario distinguir en esas figuras el *sujeto*, a quien está dirigida la norma (sujeto activo), la *acción* incriminada y —a veces— el sujeto sobre quien recaen las consecuencias del hecho (sujeto pasivo).

1º) *Sujeto activo*:

Los requisitos de las figuras penales en cuanto al sujeto activo dan lugar a distintas clasificaciones, según su número, sus calidades personales o la naturaleza de la

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

conducta. En cuanto al número, la mayoría de las figuras se refieren a la actuación de una sola persona (art. 79: homicidio; art. 89: lesiones; art. 109: calumnia; art. 125: corrupción; art. 150: violación de domicilio, etc.). En todos estos casos de tipos unipersonales, cuando intervienen dos o más personas se produce una ampliación del tipo a través de las reglas de la participación (Título VII del Libro Primero). Existen otras figuras que requieren la intervención de dos o más personas, de manera que la conducta ejecutada por un solo individuo no es típica ni, por ende, delictuosa. Los ejemplos están en el duelo (art. 97), matrimonio ilegal (art. 134), asociación ilícita (art. 210), etc. Hay figuras en las cuales la participación de otra persona es relevante porque la actuación de ésta puede cambiar la adecuación típica. Es *alternativa* cuando la conducta unipersonal es delictiva, pero realizada entre varios agentes agrava el hecho (art. 80, inc. 6; art. 163, inc. 9º; art. 167, inc. 4º; art. 184, inc. 5º, etc.); es *consentida* cuando la conducta prevista en el tipo supone el consentimiento de la persona sobre la que recae; cuando ese asentimiento no existe, la acción se adecua a un tipo de mayor gravedad (art. 120; art. 85, inc. 2º, etc.). La plurisubjetividad se refiere a una sola persona en aquellas situaciones en las que la conducta de un sujeto hace posible a otro la realización de un comportamiento típico. En sí misma sería una forma de participación, pero como está contemplada en una figura legal, da lugar a un encuadramiento específico y pluripersonal en relación con esa persona. Así el enriquecimiento ilícito de funcionario público es monosubjetivo (art. 268), pero cuando alguien se interpone para disimular el enriquecimiento, se transforma en plurisubjetivo (art. 268, última parte).

En la clasificación de los tipos en cuanto al sujeto ac-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tivo [16] tiene importancia la calidad de éste, pues si bien la mayoría de las figuras contemplan hipótesis de sujetos indeterminados, en otros son calificados, dando lugar a los delitos propios o especiales. Los primeros pueden ser ejecutados por cualquier persona. El Código usa expresiones como *"al que..."* (art. 244); *"el que..."* (art. 243, inc. 1º); *"quienes..."* (art. 298, párr. 2º). Cuando se trata de sujetos calificados, éstos lo pueden ser por una *condición natural* referida al sexo, por ejemplo (art. 88, Código Penal), a una especial situación biopsíquica (art. 81, inc. 2º, infanticidio) o a una relación de parentesco (art. 122, cuando el autor de la violación es ascendiente, descendiente, hermano). La calificación es *jurídica* cuando se trata de funcionarios públicos (arts. 136, 143, incs. 1º, 2º, 3º), jefe de prisión (art. 143, inc. 4º); empleado de correos (art. 154); miembro del Congreso (art. 227). También *profesional*, cuando se requiera determinada actividad u oficio para el sujeto activo (art. 176, comerciante; art. 158, obrero; art. 295, médico).

2º) *Sujeto pasivo*:

En cuanto al *sujeto pasivo*, la titularidad del bien jurídico protegido puede corresponder al individuo o a las personas jurídicas, a la comunidad o al Estado, lo que está implícito o explícito en los respectivos tipos. En cuanto al número, el sujeto pasivo puede ser singular o plural (arts. 186 *bis*, 190, 200). En lo que se refiere a la calidad, pueden ser indeterminados o determinados. Los primeros constitu-

[16] Roxin los designa como elementos de la autoría. Para Welzel son características objetivo-personales de autor las de ser, por ejemplo, y conforme a los artículos que cita del Código alemán, médico, abogado, deudor embargado, empresario, funcionario público (ob. cit., p. 145). Los sujetos, activo y pasivo, integran —en otra clasificación— los elementos descriptivos del tipo.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

yen la regla, y el Código se refiere a ellos como *"a otro"* (art. 79), *"alguna persona"* (art. 82), *"una persona"* (art. 104). Los segundos resultan determinados por razones de edad (art. 146), de sexo (art. 130), de una situación biológica (art. 87) o psíquica (art. 119, inc. 2º), o por una especial situación jurídica (art. 80 *bis*, inc. 1º: *"miembro de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial"*; inc. 2º: el *que "desempeñare un acto del servicio propio de las Fuerzas Armadas o de seguridad o policiales o penitenciarias"*; art. 143, inc. 1º: *"detenido o preso"*; art. 221, inc. 1º: *"jefe de un Estado o representante de una potencia extranjera"*).

3º) *La acción descripta*:

La *acción descripta* está expresada fundamentalmente por el verbo rector, que forma el núcleo del tipo, e indica de manera concreta cuál es el comportamiento incriminado. Constituye, como también lo es gramaticalmente, el elemento más importante de la oración que expresa cuál es la conducta delictiva. Las demás partes adquieren el carácter de complemento, aunque asuman también formas verbales. Algunos verbos que el legislador utiliza son expresivos por sí mismos de cuál es la acción conminada con pena (como *matar*, art. 79; *defraudar*, art. 172). Otros no resultan suficientes para describir una conducta, y requieren un complemento más explícito y la descripción de las circunstancias que, concurriendo, pueden dar lugar a la aplicación de pena. Así en la extorsión del art. 168 el verbo rector es *obligar*, pero para precisar qué modalidad de la acción de obligar es la prevista, se requiere complementar el modo (intimidación o simulando autoridad, etc.), y el resultado (entregar, enviar, depositar... cosas, dinero, o docu-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mentos que produzcan efectos jurídicos)[17]. No obstante la mayor complejidad de la frase, la acción siempre gira en torno al verbo, pues en el ejemplo quien no *obliga* no realiza la acción típica. De allí que el primer análisis, el más elemental que se realiza ante la presencia de una acción presuntamente delictiva, es la indagación acerca de si el autor ha conjugado con su conducta el núcleo del tipo; más adelante se buscará la presencia de los demás elementos requeridos por la figura.

Porque el verbo rector desempeña una función de primordial importancia, la labor del intérprete estará concentrada en gran parte en desentrañar si la conducta de la vida real que tiene que examinar, es la que corresponde a la previsión legislativa, y cuál es el alcance y significado de los distintos verbos empleados por la ley. Así es distinto *matar* (art. 79), que *producir la muerte* (art. 82), que *causar la muerte* (art. 84); verbos con los cuales el legislador marca en el homicidio una diferencia en cuanto a la forma de la culpabilidad[18]. En oportunidades, la falta de todo complemento hace necesario desentrañar el significado del verbo como única vía de interpretación. Así ocurre, por ejemplo, con *deshonrar* o *desacreditar* (art. 110, Código Penal).

La variedad de los verbos utilizados es tal, que permite su clasificación según impliquen actitudes mentales (*"callar"*) o modos de comportamiento material (*"destruir"*), según sean positivas (*"estorbar"*) o negativas (*"impedir"*). Desde el punto de vista gramatical, y naturalmente con implicancias jurídicas, existen verbos transitivos (*"inutilizar"*,

[17] El modo, el medio, el objeto, el lugar, la forma de comisión, son asimismo elementos descriptivos del tipo.

[18] Existe, empero, una dificultad idiomática en mantener la coherencia en ese sentido, pues hay muy pocos verbos o frases verbales que con su sola utilización identifiquen concretamente la acción. Por ello las figuras del delito de lesiones, dolosas y culposas, emplean el mismo verbo *causar*.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

"desviar", *"crear"*) e intransitivos (*"evadirse"*). Además, no todos los tipos utilizan verbos simples ya que, como dijimos, la mayoría de ellos no logran precisar cuál es la conducta incriminada. Por ello se combinan en formas verbales, como *"omitiera prestarle"*, *"hiciere ejecutar"*, etcétera.

Por supuesto que resultando el verbo insuficiente para construir la oración, siempre hay un sujeto y un complemento que indica el modo, tiempo, lugar y los calificativos que corresponden. Así el tipo se integra con otros elementos descriptivos y con elementos valorativos y subjetivos. Los primeros apreciables por los sentidos, por ser de orden natural y no requerir valoración y son, por ejemplo, *arma* (art. 104), *vida* (art. 106), *salud* (art. 106), *casa* (art. 150), *despacho telegráfico* (art. 153); cuando expresan un modo son: *"con insultos o amenazas"* (art. 160); cuando indican un tiempo determinado, *"encontrándose la Nación en guerra"* (art. 225 *bis*); al indicar un lugar dicen *"dentro de zonas o áreas de terreno..."* (art. 224 *quater*).

4º) *Elementos valorativos y subjetivos*:

Los elementos valorativos o normativos requieren realizar un juicio, sea de contenido jurídico, cultural o estimativo: *"prolongare* indebidamente *la detención"* (art. 143, inc. 2º); *"mujer honesta"* (art. 120); *"sin causa* justificada" (art. 251).

Los elementos normativos vinculados con la antijuridicidad producen una situación muy especial, ya que remarcan el sentido valorativo que tiene este elemento del delito, en contra de la primitiva concepción de que se trataba de una mera descripción. En las figuras que los contienen la tipicidad está de tal modo vinculada a la antijuridicidad que si no se da el elemento normativo la conducta resulta atípica y si se concreta no pueden obrar a su res-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

pecto las causas de justificación. Aunque, como es obvio, la conducta puede resultar inculpable, sobre todo ante la existencia de error, que equivaldrá al error de hecho al recaer sobre lo que constituye el hecho delictivo. El Proyecto de 1979 remarca esta posibilidad cuando en su art. 21 expresa: "No es punible el que no hubiere comprendido la criminalidad del acto por errónea apreciación de un elemento constitutivo de la figura legal...".

Por último existen elementos subjetivos que indican una intención, una representación o un estado de ánimo y que confieren a la acción un particular contenido intelectual como *"ánimo de lucro"* (art. 125); *"propósito de difundirlos o de exponerlos al público"* (art. 128); *"miras deshonestas"* (art. 130); conocimiento del impedimento en el matrimonio ilegal (art. 134); *"con el propósito de causar perjuicio"* (art. 138).

No obstante estas clasificaciones, es preciso tener en cuenta que todas las palabras de la ley requieren una valoración jurídica; aun aquellas cuyo contenido parece simplemente natural. Así el concepto de *salud* usado por la ley puede no coincidir con el conocimiento profano ni aun con el propio de las ciencias médicas [19]. Esto sin mencionar los casos en que directamente la ley asigna a las palabras un valor contrario al corriente, como cuando comprende en el concepto de *violencia* el uso de medios hipnóticos o narcóticos (art. 78, Código Penal).

Corresponde distinguir los elementos del tipo de las características vinculadas con la antijuridicidad y la culpabilidad, pues el efecto que produce la ausencia de aquéllos es distinto de los casos en los cuales no existen la antijuridici-

[19] "A los efectos de la configuración del delito de lesiones leves, no es necesario una manifestación externa, bastando para ello el dolor físico que importe un malestar funcional, aunque el mismo desaparezca con la causa que lo produce" (ST Santa Cruz, junio 28-967, "Quiroga Cáceres, Donato L.", *Rep. LL.*, XXVIII, p. 1714, sum. 5).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

dad y la culpabilidad. La confusión puede presentarse respecto de los elementos subjetivos, que han sido caracterizados como tales; es decir, como elementos subjetivos del tipo, como elementos subjetivos de lo injusto o como elementos subjetivos referidos a la culpabilidad. Es cierto que existe vinculación, como que se trata de caracterizaciones de una misma acción, pero es posible que un elemento subjetivo del tipo esté presente y al mismo tiempo la conducta resulte justificada o inculpable; y a su vez, si falta el elemento subjetivo la conducta resulta atípica, careciendo de sentido analizar su posible antijuridicidad o la culpabilidad del autor. El tema está vinculado al antiguo concepto de que ciertos delitos requerían un *ánimus especial*, al que se llamaba dolo específico. En la actualidad no se discute que se trata de cosas distintas y que no existe ninguna identificación entre el elemento subjetivo del tipo y el dolo (salvo que las conductas que requieren un elemento subjetivo no pueden ser ejecutadas con dolo eventual). De manera que la expresión *dolo específico* es equívoca y debe evitarse. Su utilización puede conducir al error de pensar que estando presente el elemento subjetivo (el *"sabiendo que lo son"* del parricidio) la acción de por sí es delictiva, cuando resulta evidente que puede estar amparada por una causa de justificación (legítima defensa) o de inculpabilidad (error o coacción).

No obstante, es frecuente encontrar referencias a los *ánimus*, las que no son desacertadas en la medida en que sirvan a la interpretación de si se han reunido los requisitos típicos exigidos por la ley; pero lo son cuando confunden tipicidad con antijuridicidad y culpabilidad [20].

[20] En el fallo de la CNCrim. y Correc., Sala 1ª, abril 21-978, "Merlo de Rodríguez, María A." (*LL*, 11/8/78) se sostiene correctamente la inexistencia en el art. 110 del Código Penal de un elemento subjetivo propio y distinto del dolo, al que reiteradamente en este delito se ha llamado *animus injuriandi*. El dolo se concreta "con el conocimiento de la potencialidad dañosa de las expresiones vertidas y la voluntad de proferirlas".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

§ 20. FAZ NEGATIVA

1º) *Ausencia de tipo*:

Las leyes que conminan con pena determinadas conductas van formando con sus prohibiciones y mandatos zonas de actuación humana especialmente reglada, de manera que su realización u omisión acarrea sanciones penales. En un sistema legislativo liberal esos modelos de comportamiento son de un número muy reducido en comparación con las otras posibilidades de acción: la mayoría de ellas no reguladas; otras expresamente lícitas por así establecerlo el orden jurídico, y las demás, que siendo ilícitas generan otro tipo de consecuencias, no penales. Así las figuras delictivas contenidas en su mayoría en la parte especial del Código Penal, en las leyes penales especiales y otras en leyes comunes con prescripciones penales, forman como *islas* vedadas dentro del inmenso océano del comportamiento humano. Con expresión de exactitud insuperable se ha dicho que el derecho penal liberal está constituido por un sistema discontinuo de ilicitudes.

Esta limitación del *ius puniendi* surge en primer lugar de la Constitución nacional (art. 18) y luego de una cuidada elaboración de la teoría del tipo (en su aspecto de tipo-garantía), y transforma al derecho penal en custodia de los derechos individuales [21]. Así, de la inmensa gama de las acciones que trascienden a terceros, sólo algunas —las más peligrosas— son seleccionadas por el legislador como delictivas.

[21] Parece una paradoja que las conminaciones que restringen parte del comportamiento humano, sean al mismo tiempo protectoras de la libertad; pero es que el derecho penal veda ciertas conductas, *pero sólo éstas*. Así garantiza indirectamente la ejecución de las demás, hecho que ya señalaron Carrara, von Lizst, etcétera.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Ello no quiere decir, como es obvio, que no haya acciones que sin ser incriminadas como delictivas sean también contrarias al derecho. Pero esas ilicitudes tienen carácter no penal; generan derivaciones distintas de la pena o de la medida de seguridad.

Consecuencia de estos principios es que un comportamiento ilícito, dañoso o inmoral, resultará ajeno al derecho penal, por ausencia de tipo, si el legislador no lo ha previsto como delito. La atipicidad es absoluta y la acción no puede generar consecuencias penales aunque sí las tenga civiles, como ilícito de ese orden. No hace falta insistir en que la descripción que hace el legislador debe ser clara, de manera que marque una frontera nítida entre lo prohibido y lo que no lo está. Esa zona de libertad no puede ser afectada acudiendo a la analogía. Los posibles vacíos que se presenten y que deban ser cubiertos en beneficio de la seguridad sólo pueden ser llenados por el legislador.

2º) *Atipicidad*:

Con lo dicho va de suyo que tampoco puede aplicarse pena, ni medida de seguridad, cuando la acción realizada carece de algunos de los requisitos incluidos en el tipo; en este caso no se produce la adecuación a la figura y consecuentemente la responsabilidad penal no se concreta. O por lo menos no es exigible en el sentido que aparentaba en un primer análisis, porque ausente uno de los elementos del tipo, puede sin embargo encuadrarse en otra figura. Esta posibilidad generalmente se da entre figuras calificadas o privilegiadas y básicas; o entre tipos que se desprenden de una misma *figura rectora*.

Si la ausencia de un elemento típico hace imposible la subsunción de la conducta en otra figura y ello deter-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mina la impunidad, esta consecuencia no implica de suyo la ausencia de responsabilidad civil, como luego veremos.

La falta de adecuación, que algunos autores llaman *atipicidad relativa*, puede deberse a la ausencia de alguno de los elementos que antes hemos clasificado:

a) Si el sujeto activo no tiene las características personales que indica el tipo, el delito no se configura. Si quien suministra sustancias medicinales en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, no es persona autorizada para la venta, no se encuadra la conducta en la especie del art. 204 del Código Penal, sin perjuicio de que se produzca con esa acción la violación de una norma distinta. Si quien corrompe a un menor no es la persona encargada de su educación o guarda no se agrava el tipo básico del art. 125; lo mismo sucede si quien ejecuta la acción del art. 154 no es empleado de correos o telégrafos. Para incurrir en el delito de quiebra fraudulenta o culposa se debe tratar de un comerciante declarado en quiebra (arts. 176 y 177).

b) Si el sujeto pasivo no tiene las calidades personales previstas por la ley, tampoco la conducta encaja en el tipo: el rapto sólo puede producirse por sustracción o retención de una *mujer* (art. 130); se agrava únicamente si la robada es *mujer casada* (art. 130, segunda parte). El estupro requiere como condición del sujeto pasivo que se trate de una mujer honesta mayor de doce años y menor de quince (art. 120). La víctima del delito contra la libertad de trabajo y asociación debe ser un *obrero*, en su caso (art. 158, primera parte), o un patrón, empresario o empleado, en el otro (segunda parte).

c) Cuando la acción no corresponde al verbo ya no nos encontramos ante un caso de atipicidad relativa sino de falta de tipo o atipicidad absoluta, lo que constituye una

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

reafirmación de la importancia única y singular del verbo, auténtico núcleo del tipo.

d) La carencia de un elemento descriptivo torna atípica la acción, como cuando los actos impeditivos o turbatorios, traducidos en insultos o amenazas al orador, no se realizan en el curso de *una reunión* (art. 160); o cuando los actos de depredación o violencia contra un buque no se practican *en el mar o en ríos navegables* (art. 198).

e) Cuando la ausencia es de un elemento subjetivo la atipicidad deviene de su falta, como cuando quien vende medicamentos peligrosos para la salud lo hace sin disimular su carácter nocivo (art. 201); o cuando la intimidación o fuerza se emplea contra un funcionario pero sin la intención de imponerle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones (art. 237).

f) Se produce la atipicidad por falta de un elemento normativo cuando, por ejemplo, quien desvía aguas en favor suyo o de un tercero no lo hace *ilegítimamente* (art. 182, inc. 1º) o lo hace en la cantidad *debida* (ídem, parte final). O cuando la apertura de la carta o pliego cerrado, no se produce *indebidamente* (art. 153).

Si bien no son frecuentes los casos que se resuelven por atipicidad absoluta, pues es natural que no se instruyan procesos por conductas no tipificadas, son numerosos los que derivan en absolución por ausencia de un elemento típico:

"Resulta atípica a los efectos del abuso de autoridad, la conducta resultante de la sanción por el gobernador de Catamarca, de la ley provincial 2318 por la que se interviene la Corporación del Valle de Catamarca, disponiendo que cesen en sus funciones todos los integrantes de su directorio, cuya inamovilidad por cuatro años estaba garantizada por esa ley. El art. 248 del Código Penal sobre abuso de autoridad, no incrimina la conducta resultante de la sanción de

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

una ley o de la ejecución de la misma, pues no se está en presencia de 'resoluciones u órdenes', ni subjetivamente ante el 'ejercicio de una facultad existente en condiciones conocidamente falsas' " (CFed. Tucumán, abril 1-970, "Bazán, Armando R. y otros", *LL*, 140-204).

"Al faltar la firma del secretario en el acta de aceptación del cargo por el perito acusado (art. 170, Cód. de Proc. Crim.) hay un vicio esencial que lo invalida e impide tipificar el delito de cohecho de la imputada que no reviste, pues, la calidad de funcionario público, como lo exige por definición la figura del art. 256 del Código Penal" (CN Crim. y Correc., Sala II, mayo 23-967, "Koza von Dienstein, Gloria", *Rep. LL*, XXVIII, 268, sum. 6).

"Porque el acto no puede calificarse de prematuro, aberrante, ni excesivo no comete el delito de corrupción el padre que tiene acceso carnal por vía normal con su hija de 12 años, deshonesta porque ya tenía experiencia sexual" (CNCrim. y Correc. Sala de cámara, setiembre 13-968, M.B., *LL*, 132-651).

"El art. 139 del Código Penal fija una circunstancia de agravación del delito reprimido por el art. 138 del mismo Código, por lo que ante la falta del elemento subjetivo del tipo, no se configura el delito de supresión o suposición del estado civil" (CNCrim. y Correc., noviembre 13-964, "García, Marciano y otras", *LL*, 118-905, 12.082-S).

§ 21. CONSECUENCIAS CIVILES

La falta de tipo o atipicidad absoluta no produce responsabilidad penal, como es obvio, y ni siquiera puede iniciarse un proceso penal. Si a pesar de las claras prescripciones que contienen todos los códigos de procedimientos, el

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

proceso se iniciare, terminará con el sobreseimiento [22]. Ello no impedirá la promoción de la acción civil indemnizatoria, en el caso de que la acción fuere, no obstante la atipicidad penal, ilícita y culpable para el derecho civil [23]. Lo mismo acontece en casos de atipicidad relativa y en situaciones en las cuales el agente no ha actuado dolosamente, pero sí con culpa, y la forma culposa de la conducta no está tipificada como delito [24]. Así en los hechos cometidos en estado de ebriedad completa y voluntaria, no preordenada, la absolución puede pronunciarse por ausencia de dolo [25] si no están previstas las formas culposas de la conducta (hurto, violación de domicilio, daños, etc.). Resulta evidente que en estos casos la falta de tipicidad penal no impide la exigencia de

[22] El sobreseimiento será definitivo *"cuando el hecho probado no constituye delito"* (art. 433, inc. 2º, Código de Procedimientos en Materia Penal). El Código de Santa Fe dice que el sobreseimiento total o parcial se pronunciará de oficio o a petición del Ministerio Fiscal o de la defensa, para poner fin a la instrucción, cuando sea evidente *"que el hecho no encuadra en una figura penal"* (art. 356, 1º, d).

[23] Así por ejemplo, la supresión de correspondencia por parte de quien no es su destinatario, sólo constituye delito cuando se realiza indebida y dolosamente (art. 153, Código Penal). La misma acción realizada por culpa o negligencia no es punible, pero puede determinar una condena a indemnizar daños y perjuicios si los mismos se hubiesen producido.

[24] Las relaciones entre la sentencia penal y la civil en este caso son analizadas por Creus, *Influencias*, p. 155. La referencia que hacemos en el texto a la ilicitud y culpabilidad civiles aparta tales elementos de los del mismo nombre correspondientes al derecho penal: faltando una de las características indicadas por la figura delictiva, no es posible avanzar en el análisis de los demás elementos del delito. Ni siquiera la reunión de las otras características típicas puede significar un indicio de antijuridicidad. Como consecuencia de ello, el examen civil del caso en vista de la responsabilidad por los daños y perjuicios, debe prescindir de esa tipicidad incompleta. Se sale así totalmente del campo de la tipicidad penal para entrar en el terreno más amplio de la ilicitud civil en la cual no hay, regularmente, modelos de acción que sirvan como indicio de antijuridicidad.

Cuando el juez penal absuelve por ausencia de tipicidad, la única limitación para el juez civil reside en que no podrá afirmar —en contra de lo resuelto por aquél— que esa conducta es penalmente típica. Pero la absolución penal no implica declarar la ausencia del *hecho principal* del que hablan los arts. 1102 y 1103 del Código Civil.

[25] Terragni, Marco Antonio, *Responsabilidad penal del ebrio*, donde se citan las opiniones doctrinarias y jurisprudencia sobre el tema.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

responsabilidad civil. Lo propio ocurre con la hipótesis del exceso en las justificantes (art. 35, Código Penal). El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad —dice el precepto— será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia. No estando incriminada la forma culposa de la acción de que se trate, el exceso resulta impune, pero ello no impide exigir la responsabilidad civil por los daños causados.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Capítulo III

LA ANTIJURIDICIDAD

§ 22. Concepto

La acción que el tipo penal describe es antijurídica en la mayoría de los casos. No en todos, pues existen circunstancias en las cuales, no obstante existir adecuación a la descripción legal, la acción no resulta contraria al derecho. Esto ocurre no sólo en virtud de la concurrencia de causas de justificación; existen conductas que, aun ajustándose a la descripción típica no suponen un enfrentamiento con el orden jurídico, de manera que tampoco pueden ser consideradas disvaliosas. Sin pretender generalizar la advertencia, ni entrar en un debate iluminado por la intervención de penalistas de prestigio [1] es de hacer notar que el tipo es un indicio de antijuridicidad, pero sólo eso. La antijuridicidad no deriva

[1] Welzel ha señalado de manera precisa: "Si el autor ha realizado objetiva y subjetivamente la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado en forma antinormativa. La tipicidad, y la consiguiente antinormatividad, es un 'indicio' de la antijuridicidad" (*Derecho penal alemán*, p. 116). Existen, según el mismo autor, acciones socialmente adecuadas, que quedan excluidas de los tipos penales, "aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos, por ejemplo, de acuerdo con criterios causales" (p. 85).

No obstante exponer sus dudas sobre el acierto del criterio de la adecuación social, Maurach afirma la necesidad de considerar la antijuridicidad en relación con la *norma*, presupuesto lógico de la ley penal (ob. cit., p. 360 y ss.), que es el criterio que se adopta en el texto.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

de la descripción típica en sí, sino del sentido de la norma que subyace en la figura penal. De manera que del hecho de que el legislador tipifique una conducta no deriva, de por sí, que la acción resulte antijurídica. Es preciso buscar el disvalor de la acción en la norma y su sentido; no de la simple prohibición o el mandato. Con esto queremos decir que la antijuridicidad indicada en el tipo no existe si media una causa de justificación, y tampoco existe si no puede afirmarse respecto de ella que es contraria a la norma. La calificación de antijurídica surgirá luego del juicio de valor que se realice comparando conducta y norma [2]. De manera que una conducta descripta en el tipo puede ser adecuada al derecho, y lo será desde su origen [3].

El juicio que examina la contradicción de la acción con el derecho puede realizarse —como es común— a través del

[2] Según Dohna, la antijuridicidad "falta cuando la acción concreta, medida con la idea básica del derecho como un orden de protección de nuestra cultura social, aparece como un medio justo para un fin justo. Tal acción puede ser adecuada al tipo, pero nunca contraria a las normas del derecho. Una acción adecuada al tipo es formalmente antijurídica solamente cuando es materialmente antijurídica" (*La estructura de la teoría del delito*, p. 45).

Tales nociones fueron receptadas por la Cámara Federal de Rosario, Sala B en un caso que tuvo gran repercusión pues se trataba del procesamiento del director del diario "El Litoral" de Santa Fe, por presunta violación de la ley 20.840, de seguridad nacional. El vocal, doctor Araya, dijo: "El prevenido ha limitado su accionar a la publicación, sin comentario, de una información que obviamente no está encaminada a otra finalidad que la informativa y que según manifiesta tomó de otros periódicos. No cabe duda, como bien lo expresa el señor juez a quo, de que tal referencia no constituye una causa de justificación pero sí supone lo que Welzel denomina conductas 'socialmente adecuadas', máxime cuando la noticia puede ser un llamado de atención en cuanto a expectativas maledicientes de quienes no trepidan en utilizar todos los medios difamantes contra el orden instituido (Welzel, Hass, *Derecho penal alemán*, p. 84, trad. J. B. Ramírez y S. Yáñez Pérez, 11ª ed. (1970, sobre conductas socialmente adecuadas)". ("Juris", t. 59, p. 103).

[3] Hay que evitar el error de suponer que la antijuridicidad *desaparece* o *queda borrada* por la existencia de una causa de justificación; como si la conducta fuese originariamente antijurídica y deviniese luego adecuada al derecho *por la aparición de una causa de justificación*. Como procedimiento mental para el análisis puede resultar válido, siempre que no se pierda de vista la realidad. Coincidentemente sostiene Orgaz (*La ilicitud*) que la antijuridicidad y las causas de justificación no se rigen por el principio regla-excepción. Agrega,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

análisis de la posibilidad de la existencia de una causa de justificación, pero también en torno al examen originario acerca de la adecuación no ya al tipo sino a la norma. Así resulta que una acción que encaja perfectamente en el tipo penal puede ser, no obstante, conforme a derecho. Por ejemplo la privación de libertad: en la vida diaria muchas veces se realiza la acción descripta en el tipo, sin que a nadie se le ocurra promover por ello un proceso. El conductor de un ómnibus que no permite al pasajero descender donde quiere, sino donde corresponde, le impide la libertad de movimiento; empero esa acción no es ilícita [4]. Si alguien penetra en el patio de la casa ajena para golpear la puerta, porque el timbre de entrada no funciona, su acción no es antijurídica, no obstante que se adecue al tipo del art. 150 del Código Penal y que no exista ninguna causa de justificación [5]. Si la cooperadora escolar obsequia a fin de año una caja con botellas de vino al intendente del pueblo, la conducta no será antijurídica no obstante que puede considerarse el hecho encuadrado en el art. 259 del Código Penal. Y así pueden darse

---

en lo que ahora interesa: "suele decirse que las excepciones deben ser expresas, con lo que podría entenderse también aquí que deben ser expresas las causas de justificación. Éstas no podrían ser ampliadas por analogía (...) La analogía es legítima cuando tiene por objeto excluir la aplicación de la ley (restrictiva) y ampliar por lo tanto el ámbito de la licitud. Con igual fundamento, una incapacidad no puede ampliarse por analogía, pero sí una capacidad. Las causas de justificación, excepciones de esta excepción, significan un retorno al principio de libertad y por esto, no necesitan ser expresas. Ellas pueden ser simplemente deducidas de los conceptos esenciales de las diversas instituciones y del espíritu de la legislación" (p. 49).

[4] Nuestro legislador, intuyendo la necesidad de separar nítidamente las conductas lícitas de las ilícitas, en relación con esta figura, ha agregado el adverbio *ilegalmente* (art. 141, Código Penal), pero en otras del mismo título no lo hace (art. 142), por lo que de todas maneras cabe analizar el contenido de la norma, con prescindencia de las posibles causas de justificación.

[5] Por supuesto que el intérprete, en la indagación del valor de la conducta en relación con el derecho, utilizará, en su caso, los elementos normativos del tipo que le ayudarán a desentrañar la licitud o ilicitud del acto, y simultáneamente la adecuación típica. En el ejemplo propuesto en el texto usará la frase "contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

múltiples ejemplos de conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción y que no infringen las normas, no obstante estar tipificadas y no existir causas de justificación. Por supuesto que la diferencia entre qué hechos son antijurídicos y cuáles no lo son, no resulta fácil de determinar [6].

Se ha debatido exhaustivamente sobre el objeto y el contenido del juicio de antijuridicidad [7], entendiendo que el objeto es el hecho y que el contenido está dado por la contradicción del hecho con la norma (Binding), con los valores que informan el normal desarrollo de la vida en sociedad (von Liszt), con las normas de cultura (M. E. Mayer), con los fines del Estado (Sauer), o con el derecho positivo (Soler, Núñez, Fontán Balestra, etc.). A nuestro entender, se deben observar dos juicios de antijuridicidad que se realizan en momento distintos, y por sujetos diversos. En un primer instante es el legislador el que realiza un análisis de la conducta hipotética, y estimándola disvaliosa para mantener la armónica convivencia social, la describe amenazando con pena a quienes la ejecuten [8]. Una vez así tipificada, se realiza un nuevo juicio, esta vez por parte del intérprete (el juez,

[6] Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 85. También en *Derecho penal*, parte general, p. 65. Respecto de los casos de privación de libertad que no son antijurídicos dice Roxin: "Sin embargo, la vida diaria nos presenta una cantidad de privaciones de libertad adecuadas al tipo en las cuales el observador natural no pensaría siquiera en preguntarse por la justificación de este hecho, pues 'esta acción se desarrolla completamente dentro de los límites del orden histórico-ético-social de la vida en comunidad y es permitida por este orden'. Tales acciones son 'socialmente adecuadas'. Esto rige, por ejemplo, en los casos en que en los modernos medios de transporte se priva de libertad personal al particular permitiéndole descender sólo en los lugares donde está previsto tal descenso, y no simplemente donde él quiera. El consentimiento no excluye aquí la antijuridicidad que señala la realización del tipo, sino que tal efecto indiciario es eliminado por la adecuación social de la acción" (ob. cit., p. 15).

[7] Un resumen puede verse en Creus, *Sinopsis*, p. 92.

[8] Grispigni llamaría a esta apreciación "el motivo prelegislativo para la incriminación del hecho".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

en su caso), cuando alguien realiza la acción incriminada [9]. Este segundo análisis de la antijuridicidad no se debe limitar a contemplar la posibilidad de la existencia de una causa de justificación, sino que deberá indagar si la presunta ilicitud de la conducta concreta coincide con la antijuridicidad de la conducta hipotética prevista por el legislador. La última comparación no se consigue siempre a través de la interpretación literal, sino que es preciso acudir a una interpretación sistemática, confrontando las pautas que brinda todo el ordenamiento jurídico. Ello llevará a comprender por qué hay conductas literalmente típicas que no son antijurídicas, no obstante que no concurran causas de justificación. Y simultáneamente eliminará la necesidad de una interpretación elásticamente extensiva de las causas de justificación previstas por la ley [10].

No se trata de volver a justificaciones supralegales, ya descartadas en la dogmática moderna, sino de llegar a una

[9] Puede mencionarse un tercer análisis, éste profano, que realiza el autor del hecho acerca de la criminalidad de su acto, cuya comprensión hace a una de las notas características de la capacidad de culpabilidad (art. 34, inc. 1º, Código Penal).

[10] Aun quienes examinan las cuestiones penales desde un punto de vista estrictamente dogmático, consignan entre las causas de justificación el *consentimiento del interesado*, a pesar de que no está contemplado como causa de justificación en el Código. Pues bien, el consentimiento no puede operar como una causa de justificación independiente, pues se justifica lo que aparenta ser ilícito y no lo es por alguna razón que demuestra su conformidad con el derecho; pero no se necesita justificar lo que desde su origen no tiene ninguna ilicitud, ni siquiera aparente. A nadie se le ocurriría procesar al peluquero que ha cortado el cabello a su cliente, y luego absolverlo porque la acción *típicamente antijurídica* prevista por el art. 89 del Código Penal ha sido ejecutada mediando el consentimiento del interesado. Sería asimismo absurdo procesar al portero de una escuela por privación de libertad, porque no deja salir a los alumnos antes de que termine un acto, y luego absolverlo porque ha obrado en cumplimiento de un deber (art. 34, inc. 4º, Código Penal). O al intendente municipal que manda pintar señales de dirección de tránsito en el frente de una casa (lo que en otras circunstancias podría constituir el daño del art. 183, Código Penal) para luego justificarlo por haber obrado en el legítimo ejercicio de su cargo. Lo mismo puede decirse de las lesiones deportivas: no se justifican por el hecho de que el deporte esté reglamentado y la práctica se desenvuelva dentro de ese reglamento, sino que desde su

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

interpretación correcta de cuál es la verdadera esencia de la antijuridicidad.

Lo dicho anteriormente está expuesto sobre la base de la antijuridicidad desde el enfoque del derecho penal, pero vale también para la antijuridicidad civil, aunque la mayoría de las veces el derecho privado no describe con precisión cuáles son las acciones ordenadas o prohibidas. Esta carencia de tipicidad, como ya hemos dicho, no impide que haya una caracterización del acto ilícito civil, el que tiene que reunir los requisitos de ser *contrario a derecho*, culpable y que ocasione un daño privado. Con mayor razón en el derecho civil, ante la falta de descripción concreta de las acciones, debe analizarse la antijuridicidad de la conducta. Es más fácil en derecho penal, en el que los tipos constituyen indicios de antijuridicidad y las causas de justificación están expresamente establecidas por la ley. No obstante la dificultad, debe examinarse la licitud o ilicitud de una conducta a efectos de determinar sus consecuencias civiles. Por supuesto jugarán, a más de las pautas generales que antes señalamos, las específicas causas de justificación previstas en el Código Penal.

---

origen son lícitas, aunque el deporte no esté reglamentado, si no se trata de juegos que se aparten de lo que en una comunidad determinada se entiende por deporte. Así puede no estar reglamentado el juego con *shaikers* o patinetas, ni las carreras que en un momento se hicieron muy populares, pero si un competidor embiste a otro y le ocasiona lesiones, esta acción no constituirá delito si no se ha desviado del margen de riesgo corriente de este tipo de competencias.

En materia de delitos culposos es más notoria la necesidad de analizar la licitud o ilicitud de las acciones por su adecuación o contradicción con el derecho, y con prescindencia de que se den o no causas de justificación, pues aquel análisis tiene que determinar el grado de correspondencia con las normas que constituyen la base de las figuras penales. Máxime si se piensa que las formulaciones legales que se refieren a las infracciones culposas no indican acciones concretamente descriptas, sino que castigan el hecho que produce un daño por imprudencia o negligencia del autor.

Cerramos esta larga nota volviendo a la idea inicial del capítulo: para constituir delito, la acción, además de adecuada, tiene que ser *positivamente antijurídica* (así lo expresa Soler, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 306).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Ello, aunque estén contenidas en otro cuerpo de leyes, visto el carácter unitario del orden jurídico, que nadie discute. La unidad del orden jurídico resulta explícita en nuestro derecho si se repara en que los principios civiles y penales tienen correspondencia en los respectivos códigos. En el civil, la ilicitud es una reacción de contradicción con las prohibiciones legales, que no puede tener sanción sin ley previa (art. 1066); distingue la antijuridicidad de la culpabilidad (art. 512); las causas de justificación (art. 1071) como diferentes de las de inculpabilidad (art. 922), y el concepto de imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y las causas que excluyen a aquélla (art. 921) [11].

Ya volveremos sobre el punto al tratar acerca de las consecuencias civiles de una acción que no es delictiva por no ser antijurídica. Pero será oportuno adelantar qué acciones justificadas en el ámbito penal, no pueden ser injustas para el derecho civil. Sin embargo, la situación inversa no es igual, ya que existen infinitas acciones antijurídicas que sólo tienen consecuencias civiles, al no estar tipificadas como injustos penales [12].

La ilicitud está constituida por la violación de las condiciones de existencia social cometida por una voluntad humana, en contraste con la norma, ha dicho Jellinek. La existencia de sanciones distintas para esa violación se explica en

[11] Orgaz, *La ilicitud*, p. 16.

[12] Welzel explica el tema en un párrafo que vale la pena transcribir pues aclara, además, aspectos terminológicos y la utilización de la palabra *injusto*, que se ha tornado de empleo común en los autores que siguen su línea expositiva: "Los conceptos 'antijuricidad' e 'injusto' son utilizados por lo común indiferentemente. Esto es en muchos casos inocuo: sin embargo, puede conducir a malos entendidos en cuestiones importantes. Antijuricidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto *junto* con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo injusto es un sustantivo: la acción antijurídica. La antijuricidad, en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la acción. Esta diferencia puede llegar a ser dogmáticamente de gran significación. La antijuri-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

virtud de la gravedad de la amenaza que las conductas contrarias a la norma representan. Si es necesario reforzar el cumplimiento de las acciones deseadas, el legislador agrega un *plus retributivo* a la sanción puramente privada. Pero ni este mecanismo ni su consecuencia, que es la existencia de distintas ramas del derecho, implican una dualidad de lo ilícito [13]. Así como un acto antijurídico lo es para todo el derecho, aunque no tendrá incidencia penal si no está incriminado, un acto ilícito lo será en general cuando está amparado por una causa de justificación. En materia penal la consecuencia será la impunidad, y en materia civil la ausencia de responsabilidad que pueda derivarse de una ilicitud que no existe. Ello no impide que de ese mismo acto surjan otras

---

cidad, como pura relación entre un objeto (acción) y el derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico. Lo injusto, como *objeto* valorado antijurídico es, en cambio, múltiple, tanto como acciones antijurídicas hay en el derecho. Por esa razón, hay ciertamente *injusto* específicamente penal (distinto de lo injusto en el derecho civil, por ejemplo); pero ninguna antijuricidad específicamente penal. Lo injusto penal está específicamente diferenciado por la característica de la 'adecuación típica'" (*Derecho penal*, parte general, p. 58).

Es obvio que una acción injusta que sólo acarrea sanciones civiles puede transformarse en un injusto penal si el legislador la tipifica como tal. Dice Castejón: "Si aumentando la inmoralidad, los deudores adquiriesen el hábito de no pagar sus compromisos, se verá, como advierte Ihering, reclamar al legislador una sanción más severa y no contentarse con las simples consecuencias civiles del no pago de lo que es debido al acreedor, porque atribuimos mayor precio a los valores sociales protegidos con penas que a los valores sociales protegidos por indemnizaciones" (*Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*, p. 14). El párrafo parece escrito a propósito de lo que ocurre en nuestro país, en que el pagaré ha sido reemplazado como instrumento de crédito por el cheque, a raíz de la sanción penal para el librador que no cuenta con fondos. El legislador, por su parte, tiende a reforzar con la conminación penal el incumplimiento de las obligaciones, según se deduce del art. 248 del Proyecto de Código Penal de 1979.

[13] Tampoco se altera la relación de contradicción entre la conducta y la norma por la actitud psíquica del autor. El acto sigue siendo antijurídico con prescindencia de la situación espiritual del agente, aunque ella, en materia penal, pueda tener incidencia para desvirtuar la tipicidad en delitos que contienen elementos subjetivos especiales. De la misma manera las causas de justificación amparan la licitud del acto, funcionando objetivamente, aunque no existe unanimidad sobre el punto en la doctrina (En contra: Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 75 y ss.).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

implicancias, que tienen su origen en razones distintas, y que la ley civil pueda imponer resarcimientos fundados, por ejemplo, en la equidad, cuestión a la que luego nos referiremos.

En nuestro derecho la aludida unidad de lo lícito, por una parte, y lo ilícito por la otra, con prescindencia de las distintas ramas del derecho, se deduce también de la forma en que están contempladas las causas de justificación. En el Código Penal están enunciadas de una manera tal, que representa una remisión a todo el cuerpo legal del país, y aun a los principios generales del derecho [14]. Así cuando el art. 34, inc. 4º declara la impunidad del que *"obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo"*, la indagación de si esas circunstancias se han dado depende de lo que se establezca en otras zonas ajenas al derecho penal y que incluso pueden ubicarse más allá del derecho legislado.

§ 23. LA ILICITUD EN EL ÁMBITO CIVIL

Nuestro Código Civil enuncia un concepto de antijuridicidad, que circunscribe a un sector de las acciones humanas, cuando dice: *"Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto"*

[14] El intérprete debe examinar, además de los dictados de la ley, los del orden público y las buenas costumbres, de manera que en la medida en que la conducta humana se adecue a los fines perseguidos para resguardar el orden social, será justa. Interpretado a *contrario sensu* el art. 502 del Código Civil avala estos criterios cuando al tratar acerca de la causa de las obligaciones dice que ella es ilícita cuando es contraria a las leyes *o al orden público.*

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

(art. 1066). Se acota restrictivamente el enunciado, porque no solamente los actos voluntarios adquieren el carácter de ilícitos, sino que también lo son aquellos ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no obstante lo que dice el art. 900; además también lo son los que se ejecutan por imprudencia o negligencia y que no son expresión de la voluntad de realizarlos. De manera que la referencia a la *voluntariedad* del acto, para deducir de ella la ilicitud, no es acertada. La expresión debe entenderse en el sentido de que ningún acto tendrá el carácter de ilícito si no fuese expresamente prohibido por las leyes, y no acarreará sanción [15], si además de ser ilícito no es culpable [16]. Es en definitiva lo que expresa el art. 1067 cuando dice: "*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia*". Este último párrafo ratifica lo expuesto y permite observar la unidad de los conceptos derivados de ambos derechos, el penal y el civil, pues así como no puede imponerse pena si la acción no es antijurídica y culpable, tampoco puede sancionarse civilmente una acción que no reúna ambos caracteres.

Estos dos artículos señalan al mismo tiempo las diferencias entre ambas ramas del derecho, pues en el penal la antijuridicidad se halla siempre tipificada, y en el civil por lo general no lo está. Además, del amplio espectro de conductas ilícitas el derecho civil separa una especie: las que producen

[15] En materia civil la más común es la obligación de indemnizar, pero aparecen también otro tipo de sanciones como el divorcio, la suspensión o privación de la patria potestad, la invalidez o ineficacia de un acto jurídico, la caducidad de un derecho, etcétera.

[16] Esto en la generalidad de los casos, pues existen excepciones fundadas en otros principios, que oportunamente señalaremos. Quienes introducen en el hecho ilícito civil supuestos de responsabilidad objetiva, borran el *reproche subjetivo*; pero no se trataría entonces de responsabilidad por una conducta, y ningún derecho objetiviza plenamente los presupuestos sancionatorios por el actuar del hombre, menos el nuestro (Creus).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

daño. Se advierte otra diferencia con el derecho penal, pues algunas acciones incriminadas no producen un perjuicio estimable en dinero, como es el caso de los delitos de peligro abstracto, o la misma tentativa en determinadas situaciones [17].

La orientación general del Código Civil sobre cuáles son los actos que generan obligación de indemnizar, que no son los únicos pero sí los más numerosos, requiere la reunión de las siguientes características: contrariedad respecto del derecho, culpabilidad del agente y daño [18]. El art. 1109 en ese sentido expresa: "*Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio*", y el 1072 caracteriza el delito civil como aquel hecho ejecutado con la intención de causar un daño. Por supuesto que este delito civil no necesita corresponder a un catálogo previo de acciones, que en materia civil no existe.

La obligación de indemnizar a la que nos referimos,

[17] No son aplicables al derecho civil los mismos conceptos de daño del ámbito penal; en éste se entiende por daño todo ataque o menoscabo de un bien jurídico protegido, mientras en materia civil el daño debe ser susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1068). En la nota al art. 1072 Vélez Sársfield indica cuáles son los alcances de la palabra delito en el derecho civil y en el derecho criminal y termina diciendo que la ley penal castiga actos que no hacen sino amenazar el ejercicio de ciertos derechos, aunque no haya un ataque efectivo. Mientras que en derecho civil se requiere la acción ilícita por la cual una persona a sabiendas e intencionalmente *perjudica* los derechos de otra.

Sobre el daño en relación con el delito dice Soler que puede ser eventualmente un elemento constitutivo de la figura, y con frecuencia lo es; pero no es un elemento conceptual de la definición genérica del delito, salvo que la expresión se emplee en el amplísimo sentido de lesión jurídica (*Derecho penal argentino*, t. I, p. 311).

[18] "Es precisamente esta valoración que se hace o debe hacerse de la conducta del autor del daño en función de la norma jurídica que se considera infringida, lo que distingue la *responsabilidad civil* de la mera *obligación de garantía*, por virtud de la cual puede ponerse a cargo de una persona el deber de reparar el daño inferido a otra por su *hecho*, aun cuando no lo sea por su *culpa*" (Acuña Anzorena en *Derecho civil argentino* de Salvat, Fuentes de las obligaciones, hechos ilícitos, p. 9).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

es la proveniente de los hechos ilícitos extracontractuales, que expresamente el Código separa de las obligaciones provenientes de los contratos, conforme a su art. 1107. No quiere decir que los actos de incumplimiento contractual carezcan de la nota de ilicitud, pero son distintos de aquéllos por su origen: el incumplimiento es un riesgo ínsito en la concertación de cualquier contrato. Los hechos ilícitos extracontractuales, por su parte, se realizan y se sufren a pesar de que no ha existido vinculación previa entre el agente y la víctima del daño. Las conductas contrarias al derecho que derivan del contrato, tienen su propio régimen de sanciones determinadas, que se vinculan con la descripción que de esas conductas realiza el legislador, que imagina previamente en qué pueden consistir. En cambio, la sanción de los actos ilícitos extracontractuales es una sola, de aplicación general, sin que exista una descripción previa de esas acciones. Por otra parte, tal descripción no podría concretarse, en razón de la infinidad de formas que pueden asumir.

El Código hace la separación, regulando las obligaciones provenientes de los hechos ilícitos extracontractuales, por las disposiciones de los Títulos VIII y IX del Libro 2º, Sección 2ª y los daños derivados de la inejecución de la obligación contractual en el Título III, Sección 1ª del mismo Libro.

Es preciso tener en cuenta que la obligación de reparar los perjuicios sólo surge —en materia extracontractual— cuando se le puede imputar al agente la comisión de un hecho ilícito; siendo ésta la regla. Para que el deber de indemnizar pueda hacerse pesar sobre alguien con independencia de toda idea de culpa, es preciso que una disposición legal expresamente lo establezca, como ocurre, v. gr., en punto a relaciones de vecindad, en el que la indemniza-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ción que acuerda el art. 2618, lo es con prescindencia de toda idea de culpa.

§ 24. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Siguiendo un sistema que resulta necesario en derecho penal, nuestro Código contiene una serie de prescripciones en virtud de las cuales la ejecución de una conducta prevista en los tipos de la parte especial *no resulta punible.* Así es el método seguido por el Código Penal de 1921, que en el art. 34 contiene diversas circunstancias que excluyen la pena. La doctrina ha hecho una reconstrucción científica del derecho positivo, separando las diversas situaciones como casos de falta de acción, de justificación, de inimputabilidad y de inculpabilidad. Esa clasificación metódica es introducida por los diversos proyectos de reforma, y así se la propone también en el Proyecto de 1979 [19].

Cuando esa imposibilidad de aplicar pena resulta de la evidencia de que el acto no ha sido antijurídico, se dice que media una *causa de justificación.* Esta denominación tiene el prestigio de su largo uso, pero no resulta del todo exacta, pues justificar significa hacer justo (del latín *iustifico, are* donde *iustus* está tomado en su acepción primaria de "conforme a derecho") [20]. Ello parece indicar que la acción es ilícita, aunque después se la justifica; y no es así: la acción nace legítima y lo único que se requiere —a veces— es el reconocimiento de esa licitud, que desvirtúa

[19] El Instituto de Ciencia Penal y Criminología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales del Litoral realizó en 1959 un trabajo en el que se formulan "Sugerencias relativas al reordenamiento de las instituciones comprendidas en el art. 34 del Código Penal vigente", publicado en *Cuadernos de Ciencia Penal y Criminología*, nº 6, Santa Fe, 1964, p. 7.

[20] Couture, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Depalma, Bs. As., 1976, p. 374.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

el indicio de antijuridicidad resultante de la descripción típica. Se trata entonces de razones que impiden que una conducta descripta en el tipo sea, no obstante, antijurídica [21]. O sea, que no obstante denominarse "causas de justificación" las que excluyen la antijuridicidad, el hecho cubierto por ellas no está justificado, sino que *es lícito* [22].

Es preciso desentrañar por qué existe una doble categoría de acciones similares, de las cuales unas son lícitas y otras ilícitas, y no obstante ambas se subsumen en el mismo tipo. Ocurre que el derecho, regulador de la vida social, tiene que procurar la armonía entre los integrantes de la comunidad, a través del dictado de normas imperativas, que importan mandatos y prohibiciones; y lo debe hacer con el carácter general que es propio de toda legislación. Resulta imposible prever la infinita variedad de las acciones humanas, para hacer una selección previa entre lo que es conveniente y lo que es nocivo. Por ello el legislador no

[21] Luzón Peña, en *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, menciona la posibilidad de distinguir entre acciones prohibidas, acciones jurídicamente neutrales y acciones jurídicamente permitidas. Ello da lugar a que se pueda identificar la expresión "causa de exclusión del injusto" con las circunstancias por las cuales una acción resulta meramente no prohibida, y reservar el de "causas de justificación" para aquellas por las que la acción es jurídicamente permitida (en un sentido positivo). Siguiendo estas ideas serían acciones permitidas las vinculadas, por ejemplo, con cumplimiento del deber y acciones justificadas las correspondientes a la legítima defensa, en las cuales no solamente está ausente la prohibición, sino que el derecho las valora positivamente, por ser de rigurosa justicia.

El Proyecto de 1979 titula el capítulo sobre el tema como "Ilicitud del hecho". Se produce una incongruencia con la denominación de los otros temas, pues si se iba a referir a los aspectos negativos, el siguiente debió llamarse *inimputabilidad* y el posterior *inculpabilidad*, y ocurre lo contrario. Mayor aparece la discordancia si se observa que en lugar de referirse a la ilicitud del hecho, contempla la licitud. Otra observación corresponde a la forma de enunciar las causas de licitud no obstante la adecuación típica, pues los arts. 11, 12 y 13 comienzan diciendo: "*No delinque...*", expresión poco precisa, pues tampoco delinque el que está comprendido por una causa de exclusión de la culpabilidad. Si el cuidado en la terminología es una de las notas distintivas del Proyecto, debió decirse: "No es ilícito el acto de quien obrare en cumplimiento de un deber legal", etcétera.

[22] Fontán Balestra, *Tratado*, t. II, p. 77.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tiene más remedio que elaborar modelos muy generales, a los cuales puedan adaptarse las acciones más importantes; pero no puede prohibir u ordenar sin excepción, ya que algunas de esas acciones, lejos de ser perjudiciales resultan beneficiosas y hasta necesarias. Si la orden no tuviese excepciones, se encontraría el legislador en una situación sumamente incómoda y hasta insólita, pues envolvería en las redes que ha creado a todos los ciudadanos, impidiendo el desenvolvimiento de la vida social. Es suficiente ejemplificar con el homicidio, el delito por antonomasia: si no hubiese excepciones a la regla de "no matar", debería castigarse como homicidas a los soldados que matan al enemigo en defensa de la patria, o al mismo verdugo que ejecuta la pena de muerte.

El absurdo de tales consecuencias es tan notorio, que la técnica legislativa ha establecido, así como lo hace con lo imperativos, los casos en que tales mandatos y prohibiciones no rigen. Instituye fórmulas que tienen suficiente amplitud como para evitar injusticias ya que, a pesar de la descripción típica, ninguna acción que sea coherente con el derecho puede merecer castigo [23]. Sólo puede acarrear pena la conducta contraria al derecho, y no la que se realiza conforme a sus disposiciones.

Para distinguir lo que es contrario y lo que es adecuado al derecho, resultan insuficientes las normas contenidas en el Código Penal. Puede ocurrir que la legislación sea imperfecta y no contemple una causa de justificación que la razón reconoce. Esa insuficiencia no ha impedido los beneficios de una interpretación justa, como ocurrió en Alemania durante la vigencia del código anterior al actual. Quiere

23 "Hoy decimos que la antijuridicidad es sustancial en el sentido de que no basta la contrariedad al derecho, sino que *es preciso que se lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos*, y en caso de conflicto, que la agresión haya sido llevada contra el bien que representa *el interés y el valor predominante para el derecho*" (Fontán Balestra, *Tratado*, t. II, p. 84).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

decir que los fundamentos por los cuales se reconoce que una acción es justa, derivan de la adecuación de la conducta al derecho en su totalidad, y conciden con la razón misma de la existencia del derecho, como regulador de la vida social.

En nuestro derecho no es necesario acudir a ninguna justificación supralegal, pues la amplitud con que han sido previstas las causas de justificación en el Código hace innecesario ese procedimiento. No queda ninguna duda de que, conforme a las regulaciones del Código Penal argentino, queda perfectamente sistematizado el ámbito total de los imperativos jurídicos, de manera que nada que sea prohibido por cualquier rama del derecho puede ser mandado por el legislador penal, ni nada que sea permitido en otro ordenamiento, puede resultar prohibido en la ley penal.

Las disposiciones del Código Penal no sólo facilitan la integración armónica del derecho, sino que posibilitan la consecución de los fines últimos, consistentes en la defensa de los intereses predominantes. Así se justifican acciones individuales que llevan el mismo signo de las determinaciones estatales, cuando éstas no pueden concretarse con la celeridad precisa; por ejemplo, en los casos de legítima defensa o estado de necesidad.

El cuadro de las causas excluyentes de la antijuridicidad resulta completo; corresponde analizar sus detalles y luego examinar las consecuencias civiles de la realización de acciones justificadas.

§ 25. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR

Se hallan previstas en el art. 34 del Código Penal y son el estado de necesidad (inc. 3º), el cumplimiento de un deber o el legítimo ejercicio del derecho, autoridad o cargo

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

(inc. 4º) y la legítima defensa propia (inc. 6º) o de un tercero (inc. 7º). Por su parte la obediencia debida plantea problemas especiales, lo mismo que el consentimiento del interesado, que se indicarán en el lugar debido.

No nos proponemos hacer el análisis detallado de estos institutos, suficientemente desarrollados en la doctrina penal argentina, ya sea en tratados, monografías, códigos comentados o en la jurisprudencia. Pero sí deseamos recordar que además de las justificantes generales, aplicables a todas las disposiciones previstas en la parte especial y a todas las leyes de contenido penal (art. 4º, Código Penal), existen otras propias de determinadas figuras, como son las formas de aborto previstas en los incs. primero y segundo del art. 86, Código Penal; las imputaciones que han tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual en las injurias (art. 111, inc. 1º), y la previsión del art. 152, en el sentido de que no se aplicarán las disposiciones referidas a la violación de domicilio "*al que entrare en los sitios expresados para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia*" [24]. Otros ejemplos de justificaciones específicas se encuentran en las leyes especiales. La existencia de este tipo de enunciaciones tiene que ver con la historia legislativa, pues originariamente sólo estaban previstas las causas de justificación para determinadas figuras (sobre todo homicidio y lesiones). Una lenta evolución permitió hacer de ellas circunstancias aplicables a todas las acciones incriminadas; pero no obstante haber pasado a la Parte General de los

[24] Ese precepto constituye una repetición de las disposiciones generales sobre estado de necesidad y cumplimiento del deber, pero al mismo tiempo revela que la interpretación de lo que debe entenderse por *cumplimiento del deber* no debe restringirse a los deberes formalmente impuestos, sino que, en general, queda justificada la acción cuando se trata de un deber de "humanidad". La misma ley está repudiando un excesivo formalismo, en búsqueda de un concepto cuya filiación jusnaturalista es indiscutible.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

códigos, se quiere remarcar, en ciertos supuestos, cuándo las acciones quedan justificadas. Se lo hace para dar más énfasis a los preceptos y eliminar toda duda en cuanto a la interpretación.

También el Código Civil contiene previsiones que son auténticas causas de justificación, porque excluyen la ilicitud del acto. Su existencia indica que la conducta, aparentemente ilícita para los fines de la ley civil, no lo es, y en consecuencia no se genera la sanción común a los actos ilícitos civiles; esto es, la obligación de indemnizar.

En ese orden se encuentran las defensas de la posesión (art. 2470), la autorización para cortar las raíces que se extendieren al suelo vecino, por parte del dueño de este suelo (art. 2629) y el derecho de retención (art. 3939), que han sido denominadas como *hipótesis excepcionales de autoayuda* [25].

§ 26. EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO

Tradicionalmente se ha considerado el consentimiento del interesado como una causa de justificación [26], aunque esta opinión merece varias objeciones: en primer lugar, porque el Código Penal no lo incluye en el catálogo de las causas de justificación, lo que impediría considerarlo como tal a quienes piensan que no hay otra causa que las enunciadas por la ley. En segundo lugar, porque la conducta que se ejecuta mediando el consentimiento del inte-

[25] Mosset Iturraspe menciona los proyectos de reformas al Código Civil y dictámenes de congresos de la materia, en los que se propugna la incorporación de disposiciones generales sobre legítima defensa y estado de necesidad (ob. cit., t. I, p. 48).

[26] Recuerda la doctrina que defiende esa tesis, José Severo Caballero, *El consentimiento del ofendido (o del interesado) en el Derecho penal argentino*, Córdoba, 1967; también Maurach, *Derecho penal*, t. I, p. 404.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

resado —en los casos en que éste puede válidamente prestarlo— es lícita desde su origen y no necesita de nada que la *justifique* [27].

Es verdad que si existe consentimiento del interesado cuyos bienes protege la norma penal y de los cuales puede disponer (porque la norma está enunciada pensando en su oposición, no en su conformidad), la conducta carece de antijuridicidad, es lícita [28]. Pero la licitud existe, no porque se haya realizado una acción típicamente antijurídica, justificada por el consentimiento, sino porque la acción *carece de tipicidad.* Quien se apodera de una cosa mueble total o parcialmente ajena (art. 162, Código Penal) con consentimiento del interesado, en realidad *no se apodera*; quien abre una carta que no le está dirigida, pero lo hace con el consentimiento del destinatario, no la abre *indebidamente* (art. 153). Precisamente para marcar que la conducta no es ilícita, en esos casos comunes, en los cuales sólo resultan punibles las acciones que violan un interés particular, el tipo contiene elementos normativos, cuya ausencia indica la legitimidad del acto (arts. 130, 141, 150, 153, 155, etc.). En otras figuras el mismo verbo utilizado indica que se trata de una acción no consentida (impidiere, turbare, estorbare, etc.). Algunos textos se refieren de manera directa a la falta de consentimiento y otros suponen su inexistencia (art. 119, incs. 2º y 3º) o su misma denominación indica

[27] Ya Feuerbach había vinculado el tema con la frase *volenti non fit iniuria*, de manera que siempre que una persona puede ceder derechos, el consentimiento de parte del ofendido quita de en medio el concepto del delito; pero carece de efecto jurídico si el derecho fue sustraído a la libre disposición del interesado.

[28] Dice Maurach que los motivos que se oponen, en derecho penal, a la posibilidad y plena eficacia de la renuncia, son tan numerosos que el consentimiento ha pasado a ser una excepción. Sólo puede ser apreciado en supuestos, raros en la práctica, únicamente en los casos en los que el bien jurídico amenazado está sometido en toda su extensión, tanto desde el punto de vista general, como concreto, a la disposición privada; y esto únicamente ocurre con un limitado grupo de intereses (ob. cit., t. I, p. 404).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

que existe adecuación típica en caso de ausencia de consentimiento y no la hay cuando el presunto interesado consiente (adulterio, art. 118, Código Penal)[29].

La consideración del consentimiento como caso de ausencia de tipicidad, en lugar de causa de justificación, no cambia demasiado las consecuencias, por la íntima relación que existe entre tipo y antijuridicidad. Ya hemos visto que el tipo es un indicio de antijuridicidad y la conducta atípica carece de antijuridicidad a los efectos penales, resultando impune. Si se trata del consentimiento prestado para una acción de la cual deriva algún daño o menoscabo para los bienes jurídicos de quien consiente en su producción, tampoco derivarán de la misma consecuencias civiles.

§ 27. EL TRATAMIENTO MÉDICO-QUIRÚRGICO

Es corriente tratar este tema en ocasión del estudio de las causas de justificación, porque se considera lícita la actividad del cirujano que al obrar sobre el cuerpo humano penetra con su bisturí los tejidos, extrae órganos o amputa miembros; en fin, realiza acciones que ejecutadas por otro constituirían delitos. Para explicar por qué esa actividad no es antijurídica o, a pesar de ser típica es lícita, se han ensayado distintas explicaciones. Se sostuvo que el médico

[29] José Severo Caballero menciona otros delitos en los cuales el disenso del interesado es requerido por el *sentido* objetivo del tipo, que exige una acción caracterizada por una significación ofensiva cuya ausencia excluye la adecuación o tipicidad; da el ejemplo del *"deshonrare o desacreditare a otro"* del art. 110, Código Penal (ob. cit., p. 106). Efectivamente, la presunta víctima puede admitir determinadas expresiones, que si son analizadas por un observador imparcial éste puede considerarlas injuriosas.

Respecto del adulterio, que mencionamos en el texto, el efecto del consentimiento está receptado en el art. 74, párrafo segundo del Código Penal, pues el cónyuge que ha consentido el adulterio o lo ha perdonado, no tiene derecho de iniciar la acción.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

no comete el delito de lesiones, por ejemplo, porque no lesiona sino cura; analizando la foma en que está elaborado el tipo de lesiones en nuestro Código, más bien cabría decir —siguiendo ese mismo orden de ideas— que no hay adecuación típica porque el médico no *causa un daño* en el cuerpo o en la salud. Pero el problema no se resuelve en forma tan sencilla, ya que la acción del médico es lícita tanto cuando resulta afortunada como cuando la intervención fracasa y se produce un agravamiento del mal e incluso la muerte.

También es posible ensayar una explicación si se acude a la *adecuación social de la acción*, a la manera de Welzel, y así resulta notorio que la actividad del médico es positivamente lícita, de modo que no hay necesidad de acudir al juego de la regla-excepción para contrarrestar el indicio de antijuridicidad de una conducta típica, con una causa de justificación. Este criterio es acertado, pero en nuestro derecho no hay necesidad de forzar ningún argumento, pues esa adecuación social está reconocida legalmente por la disposición del art. 34, inc. 4º, que expresamente resuelve que el acto no es punible cuando se realiza en el cumplimiento de un deber [30]. Es indiscutible que el cirujano, a quien se le ha encomendado una intervención, no hace otra cosa que cumplir con su deber, contando además con la autorización estatal para actuar de ese modo. Por supuesto que ello no quita la posibilidad de que, sin contar con el consentimiento del interesado o de la familia en caso de que éste se vea impedido de prestarlo, también el acto resulte justificado en casos de *necesidad*, como también lo estaría

[30] Nos parece más exacto referir el caso al cumplimiento de un deber que al ejercicio de un derecho, aunque son ambas hipótesis del mismo inc. 4º del art. 34. La razón está en que el cirujano cumple su deber al tratar de curar, aun debiendo acudir a la mutilación, pero no ejerce un derecho propio al proceder de ese modo; lo demuestra la necesidad de contar, en los casos corrientes, con el consentimiento del interesado.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

quien, sin ser médico, actuara del mismo modo en idéntica situación.

Preferimos pensar que la acción no está justificada porque haya concurrido una causa de justificación que tenga la virtud de borrar la antijuridicidad, sino que la acción es lícita por ser adecuada a los fines del derecho y al sentido de la norma, máxime si está autorizada y reglamentada por el Estado. Si el derecho procura proteger el bien jurídico de la vida incriminando el homicidio, y la integridad corporal incriminando las lesiones, la acción del médico coincide con esos objetivos.

Esta forma de razonar parece más coherente si se piensa que la explicación ampara multitud de conductas distintas de la del médico en el acto quirúrgico [31]. Si no fuese así, si no hubiese una licitud *positiva*, cometería el delito de lesiones una enfermera —no diplomada ni especialmente autorizada— que colocase una inyección subcutánea, para lo cual hubiese adquirido una práctica elemental. El acto es lícito porque se adecua a la norma. La antijuridicidad deviene cuando el sujeto ha afrontado un riesgo que no debía asumir, si al hacerlo puso en peligro bienes jurídicos como la vida o la salud, en lugar de procurar que permanezcan incólumes [32].

[31] Por eso Núñez enuncia el tema como *actividad curativa* (*Tratado*, t. I, p. 393).

[32] La licitud de las actividades curativas está siempre vinculada al beneficio de la salud. No son lícitas las operaciones mutilantes cuando se realizan con otros fines, como cobrar un seguro o exceptuarse del servicio militar. Así lo resolvió la CNCrim. y Correc., Sala de Cámara, diciembre 23-969, D.F., *LL*, 138-593. El resumen de la doctrina del fallo dice: "El consentimiento en las operaciones mutilantes tiene fundamento legal, de modo que el principio de la indisponibilidad de la integridad física cede en beneficio de la salud y queda reservado exclusivamente para los supuestos en que se persigue una finalidad dolosa (v.gr., cobrar un seguro o exceptuarse del servicio militar)". Debe declararse que la finalidad dolosa está entendida como el dolo de la defraudación al seguro o la intención de violar la ley del servicio militar obligatorio, ilícitos en los que participaría quien practica las operaciones mutilantes, incurriendo además en el delito de lesiones. Pero la acción de mutilar

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

§ 28. LAS LESIONES DEPORTIVAS

Similares reflexiones a las elaboradas en el tema anterior corresponde hacer respecto de las lesiones que se producen en la práctica de los deportes. El límite entre la licitud y la ilicitud está dado por la asunción de un riesgo superior al que implica el propio juego, dentro de sus reglas de ejecución. Tampoco aquí es necesario acudir al principio regla-excepción, pues la licitud de la conducta es obvia si se ejecuta dentro de los reglamentos, que el Estado aprueba, auspiciando ostensiblemente ciertos deportes, no obstante ser peligrosos para la integridad corporal de quienes los practican. Por supuesto que ese auspicio tiene otros fundamentos, que son propiciar el desarrollo de la fuerza, la destreza, la habilidad, la defensa personal, etcétera.

El hecho de no tener que acudir a las causas de justificación para amparar estos casos tiene implicancias de otro orden, pues si las lesiones deportivas fuesen conductas típicas encuadrables dentro de los arts. 89, 90 ó 91, los órganos competentes del Estado deberían promover la acción penal, sin perjuicio de que el proceso terminase en sobreseimiento por la existencia de una causa de justificación. Pero en la mayoría de los casos no ocurre así, ya que sólo se procede en situaciones que demuestren indicios de ilicitud, más allá de los que supone la mera descripción típica.

Este tema es una prueba más de que es correcto el

---

se ejecuta con la misma conciencia, tanto en estos casos como cuando el propósito es curar. La ilicitud no deriva de la finalidad que persigue el agente, como propósito último de su acto, sino que en un caso se mutila cuando no es necesario para la defensa de la salud y en el otro sí. Y este último es el fin perseguido por la norma.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

enfoque de la antijuridicidad como contrariedad a la norma y no exclusivamente formal. Ya dijimos que la licitud de un hecho típico no resulta solamente de la existencia de una causa de justificación, y que hay conductas que son lícitas a pesar de estar *aparentemente* prohibidas u ordenadas a través de un tipo penal. Si no fuese así, si no hubiese una licitud original, no obstante la tipicidad, no se podría explicar dogmáticamente la licitud derivada de las lesiones deportivas. En el boxeo, por ejemplo, el propósito es derribar, si es posible, al rival llegando al *knok-out*, que supone la mayoría de las veces un caso típico de lesiones, porque uno de los boxeadores queda sin conocimiento. Sostener que la justificación surge de la autorzación estatal para el deporte en sí, o de su reglamentación, es insuficiente, porque no hay autorización expresa para lesionar ni el reglamento prevé otra cosa que la forma de golpear y de comportarse en el combate.

La licitud deviene de la norma que auspicia el deporte en cuanto representa un estímulo a la habilidad, al desarrollo de la fuerza, al coraje, etc., que son las constantes virtudes que tienen los juegos de este tipo a través de la historia.

Es natural, entonces, acudir a los fines que persigue el derecho en su conjunto, vinculado, como es lógico, con la orientación que proporciona el Estado a su ordenamiento jurídico. Una actividad no puede estar auspiciada y reconocida positivamente como lícita, y al mismo tiempo castigadas las consecuencias normales de esa práctica. Creemos, sin embargo, que no se puede incluir el caso dentro de la justificante del ejercicio de un derecho [33], porque es una extensión demasiado indeterminada de ese supuesto, ya que no se puede sostener que ejerce un derecho quien simplemente actúa en la zona de libertad protegida por el

[33] Soler, *Derecho penal*, t. I, p. 337.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

art. 19 de la Constitución nacional. Tampoco creemos que la solución esté dada por la existencia de una legislación específica [34], ante la evidencia de que hay deportes no reglamentados y que surgen continuamente actividades de este tipo, que son lícitas aun ante la ausencia de reglamentación. Las lesiones que puedan producirse carecerán de la nota de ilicitud siempre y cuando se produzcan en el desarrollo normal de la actividad, vale decir aquel que no suponga la asunción de un riesgo no querido por la norma que auspicia las prácticas deportivas.

§ 29. La obediencia debida

Ya nos hemos referido al tema cuando lo comentamos en relación con las causas que excluyen la acción, y dijimos que a nuestro juicio se trata de una circunstancia autónoma de exención de pena, correctamente ubicada como tal en el art. 34, como inc. 5º del mismo. No obstante, tradicionalmente se ha vinculado la obediencia con las causas de justificación, y ése es el motivo por el que volvemos a referirnos a ella en este capítulo. A nuestro juicio, la razón de considerar el instituto vinculado con la ilicitud radica en que *el acto en sí es antijurídico*. Su autor no merece pena, pero sí la merece quien utiliza al dependiente para cometer el delito, abusando de su situación jerárquica y de la imposibilidad en que se encuentra el inferior de dejar de cumplir las órdenes. De manera que el delito se configura, que su autor es quien imparte la orden ilegal, y que contra la ejecución de ella cabe la legítima defensa. Esto es así siempre que, efectivamente, el que ejecuta la disposición no tenga posibilidad legal de examinar su licitud, y que

[34] Terán Lomas, *Derecho penal*, t. I, p. 371.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

no sea la orden manifiestamente delictiva. Si no nos encontramos estrictamente dentro del tema de la obediencia debida, con los límites que le han fijado la doctrina y la jurisprudencia, las soluciones pueden diferir entre supuestos de participación de superior e inferior en la escala jerárquica y de inculpabilidad del último por error o coacción.

Lo que no podrá ocurrir es que la acción sea justificada; por el contrario, siempre será ilícita, aunque pueda haber un desplazamiento de la responsabilidad, tal cual lo disponía el Proyecto Tejedor y también lo hace el Proyecto de 1979.

Se han expresado opiniones contrarias a la autonomía legislativa de la obediencia debida, la que se estima sobreabundante [35], porque en último análisis, según esa opinión, se disuelve en otras eximentes de distinto carácter, dada la naturaleza compleja de la institución. No estamos de acuerdo con este criterio: existen situaciones en las cuales el hecho no puede estar amparado por las otras eximentes, y necesita de una causal autónoma de impunidad. Analicemos las distintas hipótesis que pueden presentarse:

a) El cumplimiento de una orden legítima: no ocasiona dificultades, pues siendo la orden legítima el hecho del inferior no puede ser delictivo.

b) El cumplimiento de una orden que el inferior no puede examinar porque se le exige ejecutarla so pena de sufrir él un mal grave e inminente. El caso podría resolverse

[35] Zaffaroni, E. R., *Teoría del delito*, p. 618. Núñez, por su parte, elimina la posibilidad de eximir la realización de actos delictivos, pues el inferior debe cumplir las órdenes relativas al objeto propio de cada ordenamiento jurídico, y ninguno de éstos tiene por objeto mandatos delictuosos. Agrega: "Aquí también la impunidad sólo puede venirle al subordinado por la vía del error sobre la naturaleza del acto que se le ordena, con la particularidad de que, como consecuencia de la propia subordinación, las posibilidades de que ese error se produzca aumentan en buena medida" (*Derecho penal argentino*, t. I, p. 415).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

por la coacción, que regula el art. 34, inc. 2º del Código Penal.

c) La ejecución de la orden creyendo que se trataba de una disposición legítimamente adoptada, lo que implicaría un supuesto de error.

d) El cumplimiento de una orden ilegítima, conociendo esta cualidad, pero sin posibilidades de revisarla ni de dejar de ejecutarla, en razón del acatamiento que el agente debe al orden jerárquico.

Dejando de lado casos *groseramente delictivos*, a los que se refiere el Proyecto de 1979, pueden darse infinidad de supuestos que no es posible calificar como hechos atroces, y que no podrían resolverse en favor del inferior sin la existencia de una causal autónoma de impunidad: el agente que aloja en el calabozo a alguien, por orden de su superior, aunque no están cumplidas las formalidades legales (art. 144 *bis*, inc. 1º del Código Penal); el contador de una municipalidad que, no obstante advertir al intendente de que no puede dar una aplicación diferente de los fondos que administra (art. 260, Código Penal), efectúa el pago irregular, ante la reiteración de la orden; el funcionario que por orden de su superior demora la realización de un acto administrativo (art. 249), etcétera.

También debe tenerse en cuenta que la eximente ampara no sólo al agente que obedeciendo una orden superior ejecuta el acto, sino que impide que se lo pueda considerar partícipe del delito cometido por quien impartió la orden (arts. 45 y 46, Código Penal). La conveniencia de mantener la actual disposición del Código es manifiesta; ello sin perjuicio de atender también a su larga tradición legislativa.

Si bien es cierto que la mayoría de las veces nadie se

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

acuerda en el proceso de quién ejecutó la orden [36], y se encara directamente con quien la dio, puede no procederse de esa manera, y entonces aquel que realizó materialmente el acto debe merecer el amparo de la ley; y para él está el inc. 5º del art. 34, cuya vigencia como institución independiente no debe desconocerse.

§ 30. CONSECUENCIAS CIVILES

Se ha dicho que existiendo unidad en el ordenamiento jurídico, no pueden existir contradicciones en su seno; la consecuencia natural es que si el acto resulta justificado a los fines penales, no puede ser ilícito para el derecho civil, y ésta es la afirmación que contiene la obra de distintos autores [37]. Corresponde analizar el tema para ver si en realidad la existencia de una causa de justificación, que

[36] Soler recordaba en las IV Jornadas Nacionales de Derecho Penal, el siempre citado caso del capitán Calaza y el senador Lainez, diciendo que nadie se acordó del soldado que le impidió el paso, diciéndole que no podía entrar (Cuadernos de los Institutos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, nº 135, p. 25).

[37] Fontán Balestra, *ob. cit.*, t. II, p. 77, dice que esto es así en virtud de dos razones: la no contrariedad de las normas de derecho y la doble valoración que realiza el legislador penal al calificar la acción penal como antijurídica y típicamente antijurídica. Luego agrega: "En los hechos justificados la falta de antijuridicidad hace *imposible el ilícito civil*". Núñez sostiene que la antijuridicidad como característica del hecho punible o delito penal no presenta ninguna condición que la diferencie de la antijuridicidad propia del hecho ilícito civil. Ambos hechos están en contraste con el derecho, y lo están por la misma razón fundamental de ser desaprobados por una norma jurídica, la cual no se estructura ni funciona en forma distinta para el campo de la responsabilidad penal y para el de la civil (ob. cit., t. I, p. 291). "El hecho que es antijurídico puede producir responsabilidades, según sus efectos jurídicos (dañosidad) y políticos (necesidad de defensa), en uno u otro campo del derecho, y para ello éste puede poner en uno u otro mayores o menores exigencias subjetivas. Pero lo que el derecho no puede hacer, sin caer en una contradicción fundamental, es *aprobar* objetivamente una conducta en un sector y luego desaprobarla en el otro" (p. 297). O sea que, en definitiva, la unidad de la antijuridicidad del hecho resulta de la unidad de la norma jurídica de valuación, que regula su compatibilidad o incompatibilidad con el derecho.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

determina la impunidad del autor, supone la exclusión de toda responsabilidad civil [38].

Conviene señalar la existencia de criterios generales, referidos a todos los casos de exclusión de la antijuridicidad, y luego ver en detalle, y respecto de cada una de las hipótesis, cómo funciona la cuestión referida a la responsabilidad civil.

1º) *Caso de acciones adecuadas a las normas:*

Hemos indicado la existencia de infinidad de acciones que no son antijurídicas, a pesar de que una interpretación estrictamente literal de la ley podría considerarlas adecuadas al tipo; y estas acciones no son antijurídicas porque realizan la misma función indicada por la norma, en orden a la protección de los bienes jurídicos. Dichas acciones no generarán consecuencias civiles; pero sí lo harán cuando la licitud originaria se pierde con la asunción de un riesgo no querido por la norma. En ese caso, la aceptación del riesgo arrastra la conducta al terreno de la antijuridicidad, que en materia civil se define como "culpa" en el art. 1109. Por supuesto, para que el hecho constituya un ilícito civil debe producir *daño* (art. 1067). El daño se define en el art. 1068 como un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, y en cuanto al concepto de "culpa", aprehenderlo requiere un esfuerzo mayor, pues en realidad no se trata de la misma culpa como forma o especie de la

[38] Si bien dice de manera expresa que no entra a considerar si el caso de legítima defensa, excluyendo la figura delictiva, puede considerarse como lo que los civilistas llaman, en general, una "culpa", en el sentido del art. 1109, Código Civil, que de origen a indemnizaciones, Soler dice que es indudable que si cualquier daño o injuria que no constituya una figura delictiva ha sido inferido como reacción necesaria para evitar un daño ilícito, no puede haber lugar a indemnizaciones, según el art. 1111, Código Civil (*Derecho penal argentino*, t. I, p. 344). Ello lo refiere a la reacción que llega a constituir una lesión en la persona o derechos del agresor.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

culpabilidad, que junto con el dolo y la preterintención constituyen, para la concepción psicológica, la culpabilidad. La "culpa" del art. 1109 del Código Civil debe concebirse en un doble sentido: como asunción de un riesgo [38 bis] que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos —es decir, como signo de antijuridicidad de la conducta—, y como límite de la culpabilidad propiamente dicha, más allá de la cual el resultado que se produce es fortuito.

Estas dos acepciones de la palabra "culpa", vinculadas con la antijuridicidad y la culpabilidad, deben ser nitidamente distinguidas para evitar confusiones en el ámbito civil. De lo contrario se corre el riesgo de confundir actos lícitos en sí (a los que podemos llamar *positivamente lícitos*) y justificados, con actos culpables. Resulta notorio que si un acto es lícito no se necesita indagar la culpabilidad del autor; y a su vez en un acto ilícito puede faltar culpabilidad en quien lo realiza. No es correcto, entonces, confundir ilicitud con culpabilidad.

2º) *Caso de acciones justificadas en general:*

La unidad del orden jurídico no impide que se deriven consecuencias civiles de los actos lícitos, que lo son en virtud de la existencia de una causa de justificación que los

[38bis] Esta "asunción de riesgo" no es lo mismo que "riesgo creado", como fuente de la obligación de indemnizar, aun con prescindencia de culpa, y como "garantía". Por asunción de riesgo entendemos el hecho de pasar los límites que el comportamiento cuidadoso de los bienes jurídicos supone. Más allá de ellos la conducta deja de ser adecuada al derecho —lícita— para convertirse en contraria a sus mandatos —ilícita—. Sin embargo, está antijuridicidad no significa de por sí responsabilidad, pues la actitud puede haber sido producto del error o la coacción. Podemos ejemplificar así: conducir un automóvil a velocidad razonable no es una conducta ilícita, pero hacerlo a velocidad excesiva lo es. Producido un accidente, su autor puede alegar que obró de esa manera en virtud de las amenazas de que fue objeto, y no será culpable. Esto es distinto de fundar la obligación de indemnizar en la teoría del *riesgo creado*.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ampara. Ello no implica una contradicción: lo que ocurre es que las distintas ramas del derecho asignan una trascendencia diferente a las acciones humanas. En materia penal la represión se realiza respecto de conductas que violan normas consideradas fundamentales para la convivencia social. Cuando esas normas no resultan transgredidas sino, por el contrario, la acción sigue el mismo sentido querido por la norma, el hecho resulta impune porque no es antijurídico. Resultaría un contrasentido flagrante aplicar pena a quien realiza los fines del derecho. Ello no quiere decir que la acción carezca de trascendencia a los efectos civiles, pues puede haber generado modificaciones en el mundo exterior que deben ser cuidadosamente evaluadas para corregir los perjuicios causados, buscando componer los intereses con equidad. No resulta violado el principio de unidad del orden jurídico porque una misma acción genere consecuencias diferentes. Aquí entra en juego la especificidad de cada uno de los sectores del derecho [39].

Una consecuencia civil de carácter general respecto de los hechos justificados es que el autor debe responder si causó un daño y en la medida en que con él se hubiese enriquecido (art. 907, Código Civil) [40]. La ley 17.711 agregó al artículo el siguiente párrafo: "*Los jueces podrán también disponer un resarcimiento en favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la si-*

[39] Núñez, ob. cit., t. I, p. 291.

[40] Orgaz objeta esta conclusión, pues el art. 907 habla de *hechos involuntarios*. Terán Lomas acude a la disposición del artículo, por la semejanza de las situaciones y en virtud del principio de analogía recogido por el art. 16, Código Civil (ob. cit., t. I, p. 391). Leonfanti entiende "que en definitiva es el juez, *por equidad*, sin alusión al 907, quien puede exonerar o condenar al pago de la indemnización a cargo de quien se benefició del acto necesario" (*Derecho de necesidad*, p. 90). Discrepamos con la autora pues la responsabilidad no puede existir más que en virtud de una disposición legal y no puede imponerse fundándola exclusivamente en la equidad.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tuación personal de la víctima". Ya veremos el funcionamiento de estos institutos al tratar de las consecuencias civiles en los casos de estado de necesidad. Por ahora nos limitaremos a exponer los fundamentos generales: el derecho civil tiene como finalidad esencial, en esta materia de los hechos ilícitos, restablecer la integridad de los patrimonios, tal cual se encontraban antes de sucedido el hecho. Está bien que no se aplique pena a quien ha realizado la finalidad de la norma, pero si del hecho ha resultado un beneficio, y correlativamente un perjuicio para otro, la indemnización es debida. Si no hubo enriquecimiento la equidad manda que se distribuyan las consecuencias en relación con la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

Esta solución es común a los casos de justificación y de inculpabilidad, pues ya vimos que el Código Civil no hace una separación nítida entre ambas situaciones, correspondiendo a la interpretación desentrañar el alcance de ciertas expresiones que en esta materia resultan claves, tales como *hechos involuntarios, culpa* y *dolo*, a lo que nos referiremos al tratar el estado de necesidad.

3º) *Legítima defensa:*

Nuestro Código Civil no contiene prescripciones generales sobre legítima defensa [41], a diferencia de otros ordenamientos extranjeros [42]. Siguiendo los lineamientos que antes hemos expuesto, quien obra en legítima defensa de sus derechos, o de los derechos de terceros, actúa lícitamente, y esa licitud excluye la obligación de indemnizar. Esta

[41] Una regla particular la constituye la disposición del art. 2470.

[42] Es indudable la conveniencia de una regulación expresa sobre las consecuencias civiles de los actos justificados, y debe incluirse en una futura reforma.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

solución es impuesta por la unidad del orden jurídico, y se halla receptada por la doctrina en aquellos países que, como el nuestro, omiten su tratamiento legislativo [43]. El principio es que ninguna indemnización se debe al agresor por los daños que éste hubiese sufrido [44]. Respecto de los terceros inocentes que puedan resultar perjudicados con motivo del acontecimiento, la solución es controvertida [45], si bien resulta justo otorgarles un resarcimiento fundado en la equidad (art. 907, Código Civil), si no es factible obtener la indemnización del agresor quien, con su actitud, puso la causa del hecho dañoso [46].

Distintas situaciones pueden presentarse: quien se defiende utiliza un objeto perteneciente a un tercero, el que resulta dañado o destruido en el hecho; en el curso de una acción defensiva resulta muerto o herido accidentalmente alguien ajeno al incidente; o puede ser dañado un bien perteneciente a un tercero como consecuencia de la acción defensiva. Estos daños debe indemnizarlos el autor de la agresión, ya que quien se defiende obra legítimamente. Pero no satisfecho el perjuicio por esa vía, quien se defendió debe un resarcimiento a título de equidad. Ésta indica que los terceros no deben sufrir las consecuencias de un suceso, cuando el agredido, con su reacción defensiva, ha salvado la vida, los bienes o cuando se han puesto a buen resguardo los derechos de otra persona amenazados por el agresor.

[43] Mosset Iturraspe (ob. cit., t. I, p. 42); Acuña Anzorena (ob. cit., p. 59).

[44] *JA*, 1943-III-604; Creus, *Influencias*, p. 143; Orgaz, *La ilicitud*, p. 106.

[45] Véase hipótesis en Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. IV, p. 266.

[46] *JA*, 1960-I-80. Llambías cita los antecedentes del agregado al art. 907 del Código Civil (*Estudio de la reforma del Código Civil-ley 17.711*, p. 218), indicando en nota un caso en que, unos años antes, la Suprema Corte de Buenos Aires decidió que quien disparó en legítima defensa un arma de fuego e hirió accidentalmente a un extraño, debe contribuir, por razones de equidad, a soportar el daño que sufrió la víctima.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

4º) *Estado de necesidad:*

Tampoco el Código Civil contiene disposiciones expresas sobre el tema, por lo que las III Jornadas de Derecho Civil, que tuvieron lugar en Tucumán en 1967, recomendaron incorporar una disposición que establezca que "Si alguien se viere constreñido a causar a otro un daño para evitar un mal mayor indebido e inminente y al que hubiere sido extraño, le estará permitido hacerlo en la medida de lo indispensable. En tal situación, siempre que el riesgo no proviniere del mismo bien dañado, el agente, o en su caso el beneficiario, deberá una justa indemnización según las circunstancias del caso".

La acción necesaria es impune por resultar adecuada a derecho, pero esa justificación no implica necesariamente la ausencia de derivaciones civiles, pues la lesión se provocó para salvar un bien de mayor valor; consecuentemente es justo que quien se benefició, sea el agente o un tercero, indemnice los perjuicios ocasionados. No a título de sanción, porque la conducta es lícita, pero sí en forma de justa compensación. La fuente es la equidad, ya que descartada la culpa del propietario del bien sacrificado y la del autor del daño justificado, sólo la equidad indica que no debe soportar la pérdida el primero. El problema se plantea ante la falta de una norma expresa, porque siendo el acto lícito no corresponde otorgar reparación (art. 1066)[47]. Se han ensayado distintas soluciones, como la del enriquecimiento sin causa, la de la gestión de negocios y la de la expropia-

[47] Orgaz dice que nuestro Código Civil presenta un evidente vacío, que no puede ser llenado con los recursos de la analogía y de los principios generales del derecho. Tampoco, según su criterio, se puede acudir al principio del enriquecimiento sin causa, que "no está consagrado en parte alguna del Código". Agrega que la generalidad de nuestros civilistas, aunque lamentándolo, concuerda en la conclusión de que nuestro Código Civil no autoriza ninguna indemnización en los casos de estado de necesidad. La solución, según Orgaz, debe venir por vía legislativa (*La ilicitud*, p. 152 y ss.).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ción en interés privado, ninguna de las cuales llena satisfactoriamente el vacío de nuestra legislación civil [48].

Ya vimos, al tratar en general acerca de las consecuencias civiles de los actos justificados, que a nuestro criterio resulta aplicable la disposición de la segunda parte del art. 907 del Código Civil, introducida por la ley 17.711, aunque para sostenerlo haya que buscar el modo de salvar la certera observación de Orgaz, en el sentido de que esa norma se refiere a los actos involuntarios y el acto necesario no lo es. En nota al pie de la página 153 de *La ilicitud*, critica a Soler porque invoca el art. 907 del Código Civil. De acuerdo con el criterio de Orgaz "desde el punto de vista civil no podría decirse que el hecho necesitado reúna las tres condiciones que el art. 897 fija para que un hecho se juzgue voluntario", con lo cual —siempre según Orgaz— se abandona el principio de unidad del orden jurídico al sostener que el acto necesario es penalmente voluntario y civilmente involuntario. Es manifiesto, agrega, que la única doctrina legal sobre los actos voluntarios e involuntarios está en el Código Civil, en los arts. 896 y siguientes, como que es el código de derecho común, y desde allí se irradia a todo el ordenamiento jurídico. El Código Penal, dice, no tiene ninguna doctrina propia sobre tales actos, como es evidente. "El acto necesario, que no ha sido practicado sin *discernimiento* (inimputabilidad) ni por error o dolo (falta de *intención*) ni por coacción (falta de *libertad*), reúne para la ley civil (arts. 921, 922 y 936), la penal y todo el ordenamiento jurídico las tres condiciones que establece el art. 897; es un acto voluntario".

[48] Véase "Juris", 19-228. "Cuando el estado de necesidad o la propia ley legitiman el acto que resulta dañoso, quitándole su ilicitud, ya no juegan las normas sobre los hechos ilícitos, pero el resarcimiento se impone en virtud de otros principios, ya sea de equidad y también de la solidaridad social o en su caso del principio expropiatorio del derecho público" (CCiv. Sala B, *ED*, 14-882).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

No obstante esa opinión, resulta evidente que de las tres características del acto voluntario, la que falta es la libertad [49]. Precisamente una de las características de la acción necesitada es que quien la realiza se vio constreñido a obrar así, ya que no pudo salvar el bien de otro modo [50]. En consecuencia estuvo excluida la espontaneidad de su determinación [51].

5º) *Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo del derecho, autoridad o cargo:*

La consecuencia civil del acto justificado por el cumplimiento de la ley en general (que abarca el cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo del derecho, autoridad o cargo) está explícitamente indicada por el art. 1071: "*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto*". Por lo tanto, el acto no genera responsabilidad civil, como lo decía el Código de Prusia citado por Vélez Sársfield como fuente del artículo: "El que ejerce un derecho conforme a las leyes no responde del perjuicio que cause ese ejercicio". El principio no es absoluto, pues la

[49] Y así lo señala Soler (*Derecho penal argentino*, t. I, p. 370).

[50] "Actúa en estado de necesidad que legitima la conducta, el automovilista que para evitar un mal mayor producido por otro que se dio a la fuga, hace una maniobra dañosa para un tercero (CCiv., Sala B, *LL*, 138-184). En el caso el tribunal rechaza la demanda y no se plantea la posibilidad de algún tipo de resarcimiento al que sufrió el daño, invocando la culpa exclusiva del tercero, cuya imprevista e imprevisible maniobra actuó como caso fortuito respecto del conductor que tuvo necesidad de desviarse, embistiendo a un tercero.

[51] "Su actividad no es libre, sino está determinada por el constreñimiento que le imponen las circunstancias ajenas a él" (Llambías, ob. cit., p. 268). "No incurre en culpa aquiliana quien se circunscribe a poner en ejercicio su legítimo derecho de defensa, o quien ha actuado constreñido por las circunstancias y sin una libre determinación" (CNCiv., Sala E, julio 22-969, *LL*, 137-851, 23.407-S). En contra de la opinión expresada en el texto, Palmero, Juan Carlos, *El daño involuntario*, p. 61.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

absolución penal puede provenir de esta causa de justificación (art. 34, inc. 4º), pero a su vez el hecho ocasiona daños que el afectado no está obligado a soportar. Así, si bien "el ejercicio razonable por el Estado de sus poderes propios, no puede ser, por lo regular, fuente de indemnización para terceros, aun cuando traiga aparejados perjuicios para éstos, porque así lo exige la necesaria proscripción de las conclusiones susceptibles de detener la actividad gubernativa y la interpretación concertada de las cláusulas constitucionales" (CS, mayo 29-964, *LL*, 117-783), en cambio existe responsabilidad "si se priva a terceros de su propiedad o se la lesiona en sus atributos esenciales, aun cuando resulte del cumplimiento de funciones estatales lícitas" (CS, setiembre 19-969, *LL*, 137-116).

El ejercicio debe ser *regular* [52] pues el ejercicio abusivo de los derechos no está amparado: "*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*", según el mismo artículo, en su segunda parte, introducida por la ley 17.711. El tema está vinculado con el *exceso* en los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad (art. 35, Código Penal) y lo consideraremos en su oportunidad, sin dejar de señalar ahora que esa conducta excesiva es ilícita, y que por lo tanto genera responsabilidad penal y civil. También es oportuno hacer notar que la apelación que hace el precepto *a los fines que tuvo la ley al reconocer los derechos*, es una clara referencia a la antijuridicidad material. El acto es lícito mientras se encuentre adecuado a los fines de la ley y deja de serlo cuando los contraría. Los fines de la ley

[52] Calificativo introducido en el art. 1071 por la ley 17.711, aunque hubiese sido preferible armonizar el texto con el Código Penal, utilizando el adjetivo *legítimo*.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

deben localizarse más allá de su texto, allí donde radica la intención que persigue la ley, y que implica un juicio de valor acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad jurídica de determinadas acciones y omisiones, que es donde radica —según Binding— el presupuesto conceptual de todo dictado de una norma, y al mismo tiempo su único motivo [53].

La misma disposición del art. 1071, en el agregado de la ley 17.711, que tiene *vigencia* más allá del acierto o no de quienes la incluyeron, y por lo cual toda interpretación dogmática tiene que partir del texto, contiene otra inequívoca remisión a los conceptos de antijuridicidad que hemos utilizado precedentemente, pues la licitud o ilicitud del hecho no están dadas por el texto de la ley, sino por la adecuación o no a las pautas de comportamiento social. Así *un acto deja de ser lícito cuando exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

§ 31. EL EXCESO DEL ART. 35 DEL CÓDIGO PENAL

El precepto dice que el que hubiese excedido los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia. En otro lugar hemos hecho un breve resumen de las distintas concepciones que se han expuesto sobre el tema [54], pues hay autores que consideran que el exceso es de naturaleza culposa, originado por la excitación que induce en error al sujeto, que puede llegar hasta la imposibi-

[53] Kaufman, Armin, *Teoría de las normas*, p. 87.

[54] Terragni, Marco Antonio, *Homicidio y lesiones culposos*, Hammurabi, Bs. As., 1979, p 66. Las divergencias no radican exclusivamente en captar cuál es la forma o especie de la culpabilidad que corresponde al exceso, lo que a nuestro juicio, y teniendo en cuenta la disposición del art. 35, tal cual está redactado, tiene poca trascendencia. Lo que sí resultaría interesante sería indagar el porqué de tal forma de legislar. Se puede analizar el tema en re-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

lidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones. Otros creen que el exceso es doloso, pues se es consciente de la acción que se ejecuta y de su resultado.

Una variante es considerar la conducta dolosa, pero con un menor contenido de antijuridicidad. Hemos expuesto nuestro juicio en el sentido de que el art. 35 asimila la pena a la de los delitos por culpa o imprudencia sólo en razón de una particular manera de legislar, porque no puede transformarse la naturaleza intrínseca de la acción, de dolosa en culposa, por más que la ley lo diga. Y en realidad no lo dice, sino que únicamente produce la mencionada asi-

---

lación con la antijuridicidad y decir que se trata de disminución de la antijuridicidad, porque es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada y pasa a ser antijurídica, que aquella que comienza y concluye siendo antijurídica (Zaffaroni). No nos parece acertada esta graduación de la antijuridicidad, porque a nuestro criterio no puede haber zonas de mayor o menor antijuridicidad. Hay licitudes e ilicitudes, pero no escalas intermedias. Sí puede haber graduaciones en el reproche, de las que derivan sanciones mayores y menores. Según nuestra opinión, eso es lo que ocurre en este caso: el exceso es antijurídico y por eso se lo castiga, pero considerando las motivaciones del autor y las circunstancias que lo condujeron a obrar, la reacción jurídica respecto de su conducta no es la misma que la que tendría lugar si no se hubiesen dado los antecedentes de la actuación justificada, y por ello la pena, en lugar de ser igual a la del delito doloso, es idéntica a la del culposo, sin que por ello cambie la actitud psíquica respecto del resultado (lo que de paso constituye una demostración más de que la culpabilidad no puede ser simplemente psicológica). Si acudiéramos a Carrara en demanda de ayuda para este problema, nos diría que la *fuerza física objetiva* de la pena debe disminuir en relación con la menor *fuerza moral subjetiva*, aunque no podamos coincidir con él cuando busca la naturaleza del exceso en posiciones psicológicas que pueden o no existir en un caso concreto (*Programa*, par. 1331 y ss.). Pero estamos de acuerdo cuando habla de menor grado de imputación: "El que mata a su agresor, excediendo los límites de la defensa, es imputable de homicidio, como es imputable de homicidio el agresor que mata a su víctima con premeditación e insidia. Siendo ambos imputables los catigáis de modo diferente. ¿Es esto indulgencia? No, es rigurosa justicia. ¿Y por qué es justo esto? Porque, si bien la imputabilidad de los dos agentes, considerada como potencia, es necesariamente idéntica, sin embargo, la imputabilidad del hecho a los respectivos autores es diversa. Y es diversa porque el homicidio del agresor es imputable de manera *total* y exclusiva a su malvada voluntad, mientras que el homicidio del agredido es en gran parte imputable a circunstancias independientes de él, que lo impulsaron contra su voluntad" (nota al par. 210).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

milación. También podría haber empleado otra fórmula, como lo hacía el Proyecto Peco, cuando bajo el título de "Exceso en las causas de justificación y de inculpabilidad", decía: "Al que excediere culposamente los límites señalados por la necesidad, por la defensa, el derecho, el deber o la orden, se le aplicará la sanción establecida para el delito por culpa. No se impondrá sanción alguna cuando el exceso aconteciere por emoción violenta justificada". Es conveniente subrayar que esta fórmula posibilita la exención de pena, no sólo en el caso expresamente previsto en su parte final, sino también cuando no hay culpa en el exceso.

El proyecto de 1960 decía que el hecho sería reprimido con la pena fijada para el delito culposo cuando el agente hubiera excedido culposamente los límites impuestos por la ley o por la necesidad, y cuando el agente hubiera creado culposamente la situación de peligro; agregaba el párrafo final del art. 17: "No es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación explicables por las circunstancias". Esta última disposición refuerza la tesis de que la situación de exceso tiene vinculación con el reproche, pues el acto no se justifica pero sí *se explica* cuando el exceso proviene de una excitación o turbación producidas por las circunstancias. No deja de ser ilícito (art. 1071, Código Civil) pero no se le formula al autor el juicio de reproche en que la culpabilidad consiste.

En el Proyecto de 1979 la previsión es idéntica, con una ubicación más correcta del último párrafo luego de la previsión del exceso (art. 14, inc. 1º). A pesar de la utilización del adverbio "culposamente", seguimos entendiendo que la acción defensiva o la ejecutada en el cumplimiento del deber, es realizada con intención, aun en el exceso, porque no puede haber un desdoblamiento de la voluntad (por lo menos en muchas hipótesis de exceso). Lo que disminuye el reproche es la anormalidad de las circunstancias

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

en que se produce ese actuar. Para marcar la diferencia entre delitos dolosos y hechos cometidos por exceso en las justificantes, el legislador pudo optar por aplicar la pena de los delitos culposos o atenuarla con el criterio del art. 40 del Proyecto, lo que resultaría coherente con los casos de menor reproche, como son los de imputabilidad disminuida (art. 16), cómplices secundarios (art. 34), etcétera [55].

Así como ocurre con el Proyecto Peco, en estos últimos el haber agregado que la pena se aplicará cuando al exceso se llega *culposamente,* deja abierta la vía de la absolución no sólo cuando el exceso se explica por la turbación o excitación propia de las circunstancias, sino también cuando fue imposible prever las consecuencias de la acción, cuya justificación básica no se discute. Sin embargo tendríamos que acudir a una evaluación *positiva* de la culpabilidad y no a la apreciación de la existencia de sus causas de exclusión (error y coacción), pues es evidente que la imposibilidad de reprochar el exceso puede provenir de otras circunstancias que no sean la excitación, la turbación, o el error (ya que la coacción es inconcebible en este caso). El mismo Soler estaba indicando otra razón: el *temor,* cuando decía que la posibilidad de declarar impune el exceso estaría dada por el temor determinado por la situación en que el agente se encuentra, fácil terreno para emprender acciones precipitadas e inconsultas, porque, según lo comprueba la investigación psicológica, esos afectos no son gobernados por la razón, alteran el curso de las representaciones y no se producen o suprimen a voluntad [56].

[55] Esta manera de legislar encontraría precedentes en el Código de 1886 (art. 83, incs. 1º, 4º y 6º) y permitiría castigar —aunque en forma atenuada— hechos para los cuales el Código no contiene la figura culposa (v. gr., daños del art. 183, Código Penal).

[56] Ob. cit., t. II, p. 376. El Proyecto Tejedor hablaba del individuo atacado que no se excedió "sino bajo la impresión súbita de la turbación causada por un espanto irresistible", agregando que esta imprudencia excusable no podía dar motivo a la aplicación de pena.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La expresión *culposamente*, incluida en el Proyecto, debe entenderse como excluyendo la *intención criminal*, como se decía en el Proyecto Tejedor, sobre la base del comentario oficial del Código de Baviera: "Toca por lo demás a los tribunales decidir, según las circunstancias de cada caso, si la transgresión de los límites de la legítima defensa ha tenido lugar solamente por imprudencia, o ha sido el resultado de una intención criminal".

§ 32. CONSECUENCIAS CIVILES

El exceso es ilícito, y —si es culpable— también punible. Siendo así derivan de él responsabilidades civiles, limitadas a la reparación de los daños producidos por el exceso, y sin perjuicio del resarcimiento por equidad en los supuestos que ya hemos considerado (art. 907, Código Civil). También debe considerarse la distribución de la obligación de reparar los daños de quien los produce por haber incurrido en exceso, y el agresor, en los casos de legítima defensa. También deberá soportar su parte el agredido en caso de provocación (art. 36, inc. 7º).

El exceso en las justificantes está relacionado con el exceso que menciona el art. 1071, según la redacción dada por la ley 17.711, que es ilícito y genera obligación de indemnizar [57].

[57] "Cuando media abuso de derecho e intención de dañar, el hecho es delito; si sólo culpa o negligencia, cuasi delito, pero en ambos casos se responde" (CCiv. Sala D, *LL*, 128-709).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Capítulo IV

LA IMPUTABILIDAD

§ 33. Terminología

Por imputabilidad entendemos la capacidad del sujeto de ser culpable; capacidad que está sujeta a la condición del desarrollo y salud mental que hacen posible que comprenda la criminalidad de sus actos y dirija sus acciones. En ese sentido, imputabilidad es distinto de imputación, que es atribuir un hecho a alguien. También difiere del concepto de imputación jurídica delictiva, que supone la reunión de todos los elementos del delito y la existencia de capacidad y culpabilidad en el autor, como antecedente de la aplicación de una pena.

Es notable, sin embargo, que la utilización del término *imputabilidad* no sea totalmente correcta, pues al derivar de *imputar* introduce una confusión, ya que imputar es simplemente atribuir, en un sentido físico. Para llegar a ser imputación moral, con el significado que enseña Carrara [1], la palabra ha cambiado su acepción: de simplemente indicativa pasa a significar un juicio relacionado con la voluntad inteligente; y al final a ser, como *imputabilidad*, una

[1] *Programa*, t. I, par. 8.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

condición del autor como posible capacidad de dirigir sus actos. El concepto ha ido variando al mismo tiempo que el derecho penal evolucionaba desde una responsabilidad puramente objetiva, hasta exigencias de participación subjetiva en el hecho; de manera que imputar dejó de ser atribuir para consistir en atribuir sólo al que tiene capacidad de obrar culpablemente.

§ 34. CONCEPTO

La imputabilidad no es elemento del delito sino condición del autor. De manera que en esta materia no nos encontramos dentro de la teoría del delito, sino en el capítulo del derecho penal referido al autor. Y es así porque la imputabilidad no se refiere al acto, sino a quien lo realiza. Un individuo es sujeto del examen, lo que no quita que ese examen se realice cuando ha ejecutado un hecho típico. El acto no será un delito por estar ausente la culpabilidad; quedará en lo que se denomina un *injusto*.

Nuestro derecho penal, que castiga al culpable en relación con su acto, no es *derecho penal de autor*. Las sanciones se basan en la culpabilidad y no en la peligrosidad. Para que se pueda llegar a aplicar una medida de seguridad al inimputable, se requiere la comprobación de que éste ha realizado un acto típico y antijurídico. La concurrencia de los tres elementos del delito analizados precedentemente (acción, tipicidad y antijuridicidad) es imprescindible, pues no puede surgir ninguna reacción penal contra quien no ha tenido participación subjetiva en el hecho (elemento subjetivo de la acción), ni contra quien ejecutó un hecho que no se adecua a una figura penal (atipicidad absoluta o relativa), ni tampoco contra quien realizó un acto lícito (ya porque la conducta no contradice el fin de la norma o

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

porque actúa una causa de justificación). Nuestra legislación no ha receptado la doctrina de la peligrosidad como fundamento de la reacción penal predelictual [2], y en consecuencia recién luego de la comprobación de esos tres elementos de índole predominantemente objetiva, se pueden aplicar medidas de seguridad, cuando se comprueba que el autor es inimputable y peligroso.

Como en esta oportunidad interesa analizar de qué manera funciona la responsabilidad civil en relación con la responsabilidad penal, no corresponde más que hacer una breve referencia a las escuelas penales y a su concepto de imputabilidad. Y sólo para reflejar una evolución que tiene repercusión en el ámbito del derecho civil.

Para la *Escuela Clásica* el fundamento de la responsabilidad radicaba en el libre albedrío, o sea en la posibilidad de elegir entre el bien y el mal. Aunque en el fondo no se trataba de una cuestión puramente filosófica, sino que tenía todas las implicancias de una concepción política, Carrara, con su alta autoridad, había dicho: "Yo no me ocupo de cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo como aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y como asentada sobre esa base la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquélla" [3]. Al separar los imputables de los inimputables reconocía que los primeros no estaban sometidos, como los segundos, a restricciones en su libertad, provenientes de incompleta o deficiente conformación de su mente. De manera que la protección, en el sentido de no aplicar una pena inmerecida, favorecía a los inimputables. La concepción *clásica*, que Carrara llevó a su máxima expresión, buscaba fundamentalmente amparar la libertad, no como pura tesis filosófica,

[2] Soler, *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1929.

[3] *Programa*, vol. I, par. 1.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

sino como supremo derecho individual, al que las leyes debían proteger.

La *Escuela Positiva* sostuvo la tesis contraria. Precisamente uno de los primeros libros importantes de Ferri lleva como título *Teoría de la imputabilidad y negación del libre albedrío*. Los hombres debían ser sometidos a medidas de seguridad, no porque fuesen capaces de decidir libremente; por el contrario, estaban sometidos a la presión de factores endógenos y exógenos que los determinaban a delinquir. La responsabilidad no se fundaba en la culpabilidad, sino en el simple hecho de vivir en sociedad, pues la sociedad estaba determinada a defenderse [4]. Consecuentemente con estos principios, la distinción entre imputables e inimputables desaparece, pues ambos están sometidos a sanciones penales.

Pasada la época de esplendor del positivismo, y por obra de las escuelas eclécticas, fundamentalmente la de la *política criminal*, los errores metodológicos se corrigen, y queda clara la distinción entre imputables e inimputables, y también precisa la diferencia respecto de la reacción penal que producen los actos de unos y otros: penas y medidas de seguridad. Así nuestro Código Penal, que fue sancionado resistiendo los embates del positivismo, solamente conmina con penas a los imputables, en razón de la capacidad que tienen de comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones, reservando las medidas de seguridad —curativas— para los inimputables.

Para nuestro derecho penal *no hay pena sin culpabilidad*, como lo dice expresamente el Proyecto de 1980 en su art. 18. Se aferra así a una concepción respetuosa de la dignidad humana y celosa defensora de su libertad. La res-

[4] Ferri contestaba así a la "terrible pregunta" de por qué si el hombre está determinado a cometer delitos, se lo hace responsable. *Sociología criminal*, t. II, p. 92.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ponsabilidad penal es subjetiva y no objetiva, pese a los resabios que significan los delitos calificados por el resultado, cuya subsistencia criticamos en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Penal (Santa Fe, 1978).

El derecho civil argentino, impregnado de los mismos principios, está siendo guiado paulatinamente hacia formas de responsabilidad objetiva que contradicen aquella orientación. Se dirá que es distinto el valor *personal* de los actos en derecho civil y en derecho penal; que en el primero no se considera a la culpa vinculada con la *personalidad* del agente [5]; que en lo civil se atiende más al hecho lesivo que a la persona que produce el daño, pero lo cierto es que prescindiendo de la consideración del elemento psicológico, la responsabilidad objetiva sacrifica la dignidad del hombre en beneficio de los bienes materiales. Se cuida que se resarza el daño, aunque se sacrifique la consideración que merece el hombre. Tales formas no significan un avance del derecho, sino una regresión. Es un retorno a los principios de la Escuela Positiva, sin nombrarla. El hombre es responsable porque vive en sociedad [6], sin que interese el examen de su concreta culpabilidad. Así resulta que en una apelación a la garantía por todas las acciones que implican riesgo, las *modernas* tendencias se acercan implícitamente a la teoría de la *defensa social*. Si siguen avanzando las concepciones que ven responsabilidad civil por cualquier acto con prescindencia del nexo psicológico del autor con el resultado, llegará un día (no tan lejano pues su amanecer

[5] Guarneri, ob. cit., p. 144.

[6] Por supuesto que tampoco el positivismo significó un avance, aunque así pareció en su momento, porque ya el derecho penal primitivo excluía la idea de culpa como fuente de la responsabilidad; era un derecho penal fundado únicamente en la idea del riesgo. Así la "moderna" teoría del riesgo, lejos de ser un progreso es un retroceso, que nos conduce a los tiempos anteriores a la Ley Aquilia, en que sólo se tenía en cuenta la materialidad de los hechos (Planiol, *Traité elementaire de droit civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1912, 6ª ed. t. II, p. 276).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

se intuye) en el que, como en épocas primitivas, viviremos rodeados de tabúes y sometidos a formas aberrantes de imputación. Entonces la dignidad humana naufragará para dar paso a un engarce mecánico del hombre en la sociedad, y la libertad sucumbirá ante el temor por el riesgo [7].

§ 35. FÓRMULAS

Para elaborar un concepto de imputabilidad y saber quiénes tienen capacidad y quiénes carecen de ella, se pueden utilizar varias fórmulas, que se denominan *biológica*, *psicológica* y *mixta*. No interesa ahora su desarrollo sino tener en cuenta que el derecho produce en esta materia —como en tantas otras— una elaboración conceptual de segundo grado, ya que se asienta en trabajos previos de ciencias no jurídicas; en este caso, de la psiquiatría y la psicología. Pero el derecho no adopta ninguna de las conclusiones de las ciencias naturales sin transformarlas teleológicamente [8].

Teniendo en cuenta esa realidad, fundada en la teoría del conocimiento, nuestro Código Penal adopta una fórmula mixta en su art. 34, inc. 1º; ésta fórmula tiene una base biológica (insuficiencia de las facultades y alteración mor-

[7] Se podrá pensar que ésta es una visión apocalíptica, pero quienes conozcan cómo se desenvuelve la vida en sociedades aparentemente más "adelantadas" que la nuestra, sabrán que no es así, y que de copiar esos estilos estaremos condenados al mismo destino. No es justo, dice Enneccerus, que el que obra deba responder de las consecuencias imprevisibles de su acción inculpable; así se paralizaría la actividad aun de los hombres más circunspectos, porque toda acción, por irreprensible que fuese, expondría al peligro de la reparación del daño (véase Federico Castejón y Martínez de Arizala, *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*, p. 82).

[8] Sería el milagro de los milagros, como una armonía preestablecida, si un concepto como el del derecho o el del delincuente, formados en relación valorativa, pudieran coincidir con otro concepto natural obtenido en consideración no valorativa, enseña Radbruch, *Filosofía del derecho*, p. 48.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

bosa de las mismas) que produce un efecto psicológico (posibilidad de comprender y dirigir las acciones) en un sentido valorativo: criminalidad del acto.

La fórmula mixta se recepta en la legislación civil a través de la ley 17.711, pues el actual art. 141 declara incapaces por demencia a las personas que por causa de enfermedades mentales (base biológica) no tengan aptitud para dirigir su persona (efecto psicológico) o administrar sus bienes (consecuencias jurídicas).

§ 36. MOMENTO DE LA IMPUTABILIDAD

La capacidad para delinquir no es una condición general que pueda observarse con prescindencia del acto, sino una capacidad que se revela en el instante de cometer el ilícito, por lo que debe existir en el momento del hecho, tal cual lo indica el art. 34, inc. 1º del Código Penal. Si el sujeto padecía perturbaciones psíquicas antes, pero era capaz en el momento de realizar el hecho, esa situación previa no tiene influencia alguna para la punición; si la incapacidad fuese posterior al hecho, tampoco alteraría la decisión que debe adoptar el juez; sólo deberá tener presente lo dispuesto por el art. 25 del Código.

Empero, hay situaciones en las cuales, si bien la imputabilidad no existe en el momento del hecho, de todas maneras se considera capaz al autor. Son las acciones que fueron libres en su origen, es decir, aquéllas que el sujeto inició cuando gozaba de aptitud psíquica, de capacidad para comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones.

La teoría de la *actio libera in causa* tiene especial aplicación en los casos de delitos cometidos en estado de ebriedad, resultando sus conclusiones aplicables a los supuestos de uso de estupefacientes y a otras hipótesis, como

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

la que señala Maurach de la prosecución de un viaje en automóvil pese a apreciables fenómenos de agotamiento [9].

Juegan en este caso varios aspectos: se trata de un problema de causalidad, si se considera que el origen del hecho está en la ingestión alcohólica, y en consecuencia la *causa* ha sido puesta por el individuo en estado de imputabilidad. No obstante, constituye una interpretación forzada del art. 34, inc. 1º entender por *momento del hecho* todo el período que va desde la ingestión hasta el acto delictivo, sobre todo en hipótesis de gran extensión temporal, en las que se presentan problemas de otro tipo, pues la simple embriaguez no es ilícita, y no se sabe qué es lo que puede llegar a hacer un individuo ebrio. Esta preocupación por lo que considera una excepción al principio de que la imputabilidad y consiguiente culpabilidad deben existir en el momento del hecho, ha originado cuestionamientos a la *actio libera in causa* [10]. No obstante, la solución del caso a través de esta teoría resulta coherente y justa, que es en definitiva a lo que deben aspirar las reglas de

[9] Ob. cit., t. II, p. 113.

[10] Zaffaroni, *Manual*, p. 381 y ss.; Sandro, Jorge Alberto, *Inculpabilidad voluntaria y responsabilidad objetiva*, en "Doctrina penal", año 1978, p. 72. Con el doctor Sandro actuamos como relatores del tema en las Segundas Jornadas de Medicina Legal y Criminología organizadas por la Sociedad de Medicina Legal, Criminalística y Criminología, Seccional Río Negro y Neuquén, dependiente de la Escuela de Post grado de la Sociedad Médico Científica de Río Negro y Neuquén; sostuvimos que si el individuo hubiese preordenado su situación de inimputabilidad para cometer el delito, debe ser sancionado a título de dolo, pues la imputabilidad y la culpabilidad deben analizarse en el momento en que, con plena capacidad, decidió cometer el delito y puso la causa —ebriedad— para que el delito ocurriera de tal manera. Cuando la ebriedad es lograda de una manera voluntaria o imprudente, el sujeto debe responder a título de culpa (salvo hipótesis excepcionales de dolo eventual) cuando pudo y debió prever la posibilidad de producir un resultado dañoso; cuando no existió esa posibilidad, no existe culpabilidad. Por su parte el doctor Sandro criticó la teoría de la *actio libera in causa* por estimarla inútil tratándose de delitos culposos y de delitos de omisión, pues en tales casos los principios propios de esas tipicidades permiten solucionar la situación del ebrio voluntario que delinque perturbado. Con relación a los delitos dolosos de comisión criticó la teoría por tomar en cuenta, para fundar la punibilidad, un tramo de con-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

derecho. Considerándolo así se propugna su inclusión en la ley, y como lo hacía el Proyecto de 1960 lo repite el de 1979 con algunas variaciones. Dice el art. 17 del segundo: "Cuando el agente hubiere llegado voluntariamente al estado de grave perturbación de la conciencia previsto en los arts. 15 y 16 mediante el uso de bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes u otros medios similares, se observarán las siguientes reglas: a) Si el agente se hubiere puesto en dicho estado con miras a la comisión del hecho o asintiendo a la concreta posibilidad de cometerlo, el delito será considerado doloso, y no habrá lugar a exclusión de pena ni a disminución de la escala penal correspondiente; b) fuera de los casos a que se refiere el párrafo precedente, en el supuesto del art. 15, el hecho será reprimido con la pena del delito culposo; en el supuesto del art. 16, se aplicará la escala penal del delito doloso o la del culposo, según corresponda, atenuada de conformidad con lo establecido en dicho artículo.

"En todos los casos el tribunal podrá proceder en la forma establecida por los arts. 85 y siguientes, aun cuando haya recaído absolución por no estar reprimido el hecho en su forma culposa".

Recepta así el Proyecto las conclusiones doctrinarias y jurisprudenciales predominantes en nuestro país a partir del Plenario "Segura" (*LL*, 118-846), a las que nos hemos

---

ducta (acto de beber) que por lo general es penalmente atípico, contrariando el principio de culpabilidad, porque se aplica pena a quien fue realmente inimputable en el momento del hecho. Concluyó así la síntesis de su exposición: "Esta última tesis sostiene, en definitiva, que cuando el sujeto se ha colocado voluntariamente en estado de inimputabilidad, la única posibilidad legal de castigo radica en la tipicidad culposa, a menos que el acto provocador de la incapacidad pueda ser valorado como un comienzo de ejecución del delito (tentativa). La aplicación de pena a título doloso fuera de esa hipótesis afecta garantías constitucionales y supone, también, un retorno velado a la responsabilidad penal objetiva" (*Boletín del Poder Judicial del Neuquén*, nº 32, p. 55 y ss.).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

referido en otro lugar [11]. La inclusión del precepto es acertada, a pesar de que debió determinarse de manera expresa la posibilidad de la exclusión de pena cuando el sujeto no pudo prever la eventualidad de realizar un hecho típico en estado de ebriedad.

§ 37. IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

Nuestro Código Penal no admite la existencia de zonas intermedias entre la imputabilidad plena y la inimputabilidad. El sujeto es capaz, y en ese caso —de ser culpable— también es plenamente responsable, y se le aplican las penas que prevé la parte especial para cada acción. O es inimputable, y entonces la reacción penal se traduce en la imposición de una medida de seguridad.

Esa concepción, que supone admitir que hay fronteras nítidas entre la capacidad y la incapacidad, no es totalmente compartida, ni en la legislación ni en la doctrina. La psiquiatría comprueba situaciones en las que la salud mental, si bien no ha desaparecido por completo, está perturbada. El derecho, ciencia valorativa por excelencia, no puede dejar de considerar de distinta manera a estos tres personajes: el plenamente capaz, el que no lo es en su integridad y el incapaz. La comprobación de estas categorías hace necesario diferenciar la reacción penal ante los sujetos que pertenezcan a una u otra. Se llega así a una solución más justa (consistente, generalmente, en una graduación menor de la pena y la combinación con medidas de seguridad en el caso intermedio), no obstante las dificultades que existen para determinar, científicamente, las diferencias.

La forma de reacción ante los actos de quienes tienen

[11] *Responsabilidad penal del ebrio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

capacidad disminuida, es a través de la reducción de la imputación, tomada esta expresión a la manera carrariana. Para el *Sumo Maestro de Pisa* el grado del delito no es el mismo para el imputable que para el disminuido en su capacidad, y el grado de la imputación debe reflejarse en el grado de la pena. Si el grado de libertad disminuye, proporcionalmente debe disminuir la pena [12]. No es otra la orientación del Proyecto de 1960 [13] y la de 1979 que dice: "Si por efecto de algunas de las causas a que se refiere el artículo anterior [14], se hallare notablemente disminuida, en el momento del hecho, la capacidad del agente para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, la pena será atenuada de acuerdo con el art. 40 [15], sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 85 [16] y siguientes" (art. 16).

§ 38. FAZ NEGATIVA: CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Ya hemos visto que nuestro Código adopta una fórmula mixta, con componentes biológicos, psicológicos y jurídicos, de manera que para saber cuándo un sujeto es inimputable, hay que remitirse a todos los casos en que, por inmadurez, por falta de salud mental, o por un estado de inconsciencia, no haya podido comprender la criminalidad

12 *Programa*, par. 1, nota 2. La idea se desarrolla extensamente en las notas al parágrafo 210.

13 Para los fines de la inhabilitación judicial, la ley 17.711 receptó la evidencia de que existen sujetos *disminuidos en sus facultades*, que no llegan a ser dementes (art. 152, inc. 2º, Código Civil).

14 Insuficiencia de sus facultades, alteración morbosa de éstas, aunque sea transitoria, o una grave perturbación de la conciencia.

15 La reclusión perpetua es sustituida por reclusión temporal no inferior a diez años, y en los demás casos el máximo y el mínimo de la escala penal quedan disminuidos en un tercio, sin que la pena pueda ser inferior al mínimo legal.

16 Disponen el tratamiento de los semimputables no peligrosos y peligrosos.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

del acto o dirigir sus acciones (art. 34, inc. 1º, Código Penal). Para analizar dogmáticamente la fórmula se puede hacer el examen separado de la inmadurez, la salud mental y la inconsciencia, o revisar el significado de las expresiones usadas por la ley. Nos inclinamos por este último método, en homenaje a la brevedad.

El Título V del Libro I lleva el rótulo de *Imputabilidad*, aunque su contenido no se ajusta estrictamente a la denominación, ya que comprende causas de inimputabilidad junto con otras que son de justificación, de inculpabilidad, autónomas como la *obediencia debida*, y acciones que no son impunes, como las excesivas del art. 35. Por último, contiene artículos (40 y 41) destinados a la individualización de la pena. Esta falta de método ha sido justamente criticada y se ha tratado de corregir, como lo hace el Proyecto de 1979 y lo propiciaban los anteriores.

El art. 34 comienza tratando de enumerar a quienes *no son punibles*. Tampoco este encabezamiento es acertado, pues si bien quienes están incluidos en los siete incisos del artículo no merecen pena, a esa impunidad llegan por razones muy diversas, que resultan forzadamente agrupadas[16 bis].

El inciso primero prevé los supuestos de inimputabilidad: "*El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea* por *insuficiencia de sus facultades*, por *alteraciones morbosas de las mismas o* por *su estado de inconsciencia*

16 bis Hay que reconocer la dificultad que presenta encontrar una fórmula gramatical sintética y expresiva que explique por qué en algunos de esos casos no se aplican penas. Así, v.gr., en el Proyecto de 1979, en lugar de hablar de causas de justificación, el capítulo que se refiere a ellas tiene por título "Ilicitud del hecho", y en cada uno de los supuestos se expresa *no delinque* el que obrare en cumplimiento de un deber; *no delinque*, el que causare un mal para evitar otro mayor, etc. Esta expresión *no delinque*, no es determinante ni exclusiva de las hipótesis de causas de justificación, pues tampoco delinque el que tiene a su favor una causa de inculpabilidad o una excusa absolutoria. Salvo que aquella frase quiera hacer referencia sólo al *injusto*.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

(...) *comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*".

La formulación empleada, y el uso de la preposición *por*, indican que esos estados mentales tienen que haber sido la causa de la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones. Esto marca un límite insoslayable: se parte de una anormalidad biopsicológica. De manera que el precepto no resulta aplicable por otras causas que no sean las señaladas. Dicho de otra manera: no cualquier imposibilidad de comprensión y dirección de las acciones determina impunidad, sino sólo la que deriva de las causas indicadas por la ley [17].

1º) *Insuficiencia de las facultades:*

Equivale a deficiente desarrollo intelectual, que impide la asimilación de ideas y una elaboración de las mismas que sirva para la solución de situaciones nuevas, utilizando la experiencia personal. No llega a gozar de la plenitud de sus facultades quien biológicamente es inmaduro por no haber completado su desarrollo psíquico, como el niño para quien el derecho penal reserva regímenes especiales. Y no tiene suficientemente desarrolladas sus facultades quien se ha detenido en la evolución normal por deficiencias congénitas, por traumatismo o enfermedades. También puede llegar a la insuficiencia aquel que ha sido normalmente inteligente y luego perdió su capacidad como consecuencia del padecimiento de enfermedades, de golpes, intervenciones quirúrgicas o debilidad senil. En todos los casos esa

[17] No obstante esta limitación, ella no ha constituido obstáculo para una interpretación progresiva, que ha ido admitiendo como adecuadas a las disposiciones de la ley, nuevas aportaciones de la psiquiatría y de la psicología sobre salud mental y comportamiento.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ausencia de plenitud psíquica debe producir el resultado previsto por la ley, de imposibilitar la comprensión de la criminalidad del acto o la dirección de las acciones.

2º) *Alteraciones morbosas:*

Lo mismo ocurre con la *alteración morbosa* de las facultades, que implica la falta de salud mental que produce idéntico efecto. La palabra alteración supondría un cambio, por lo que se requeriría un momento previo de plenitud psíquica, que ha degenerado en enfermedad mental. Ello marcaría la diferencia con la incapacidad por insuficiencia, aunque es de advertir que carece de importancia hacer la distinción, pues ambas causas conducen a idéntico resultado. Corresponde a los peritos determinar la existencia de esos estados psíquicos y, fundamentalmente, ilustrar de manera científica acerca del porqué de la anormalidad. Caben en el concepto de la ley todas las causas del alterado mecanismo psíquico, con la limitación que supone el adjetivo "morboso"; vale decir, proveniente de enfermedad, de modo que la pericia debe encontrar y determinar la razón de la deficiencia. La ley indica qué facultades debe afectar la alteración morbosa para conducir a la declaración de inimputabilidad. Se trata de la capacidad intelectiva (comprender) y de la volitiva (dirigir). Por lo tanto, quedan fuera de la fórmula legal la alteración de otras facultades como la de percibir el sentido ético de ciertos actos, salvo que al mismo tiempo la enfermedad anule las otras posibilidades mencionadas expresamente por la ley. Respecto de las psicopatías, es preciso que pueda demostrarse la equiparación con la enfermedad mental para que el sujeto sea considerado inimputable en los términos de la ley; además,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

esa alteración debe ser de magnitud suficiente como para impedir que éste comprenda la criminalidad del acto [18].

3º) *Sordomudez:*

El *sordomudo* no está previsto especialmente en el Código, como lo estaba en el Proyecto Tejedor, que eximía de pena a los sordomudos que no hubiesen recibido educación conveniente para conocer la criminalidad de sus actos, ni hubiesen sido instruidos de las penas impuestas por la ley positiva, "y cuya irresponsabilidad esté fuera de duda" [19]. Careciendo de un encuadramiento distinto, el caso del sordomudo debe ser resuelto con la aplicación de los principios generales. Si se trata de un individuo de escaso desarrollo intelectual, puede ser un caso de *insuficiencia*, sobre todo teniendo en cuenta que la carencia de esos sentidos indica generalmente la existencia de deficiencias cerebrales. Si no

[18] CNCrim. y Correc., Sala VI, noviembre 17-978, "Ramos, Carlos F.", *LL*, 4/2/80. En las Segundas Jornadas de Medicina Legal y Criminología de Neuquén, el doctor Vicente Cabello se refirió a las personalidades psicopáticas que "ocupan el dilatado e impreciso territorio que separa los enfermos mentales de las personas normales". Hizo una clasificación indicando cuáles deben considerarse patológicas por responder a las exigencias de enfermedad mental, y se refirió a estudios científicos actuales que permiten detectar cuáles son las zonas del cerebro, centros de distintos tipos de comportamiento, que pueden estar afectadas. Consignó pautas que deben seguirse en la peritación forense. Coincide con el texto en el sentido de que se debe "investigar a fondo la existencia de una causa acreedora de una disfunción o lesión cerebral..." (*Boletín del Poder Judicial del Neuquén*, nº 32, p. 57).

[19] El precepto es interesante porque señala la existencia de dos categorías de sordomudos y conforme a ellas los declara imputables o inimputables. Dejando de lado la cuestión probatoria, cuya invocación en el Código de fondo es impropia, advierte sobre la educación conveniente y la instrucción respecto de las penas conminadas por la legislación positiva; aparte utiliza la expresión que ha pasado al art. 34, inc. 1º como comprensión de la criminalidad de los actos. Ello demuestra también el origen nacional de la fórmula, no obstante atribuirse generalmente el antecedente al Proyecto ruso de 1903, como se consigna en el proceso de sanción del Código de 1921. En todo caso, la redacción fue alterada introduciéndole el párrafo aludido, de profunda significación.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

es así, la imputabilidad no estará en discusión pues no existirá imposibilidad de comprender la criminalidad de los actos o de dirigir las acciones.

4º) *Trastorno mental transitorio:*

No está expresamente contemplado en el art. 34, inc. 1º, aunque sí figura en el Proyecto de 1960 y en el de 1979, sin que quede alterada la fórmula actual. No se trata de una categoría autónoma. Para que sea causa de inimputabilidad debe tener base patológica. La cuestión es discutida en la doctrina y también la jurisprudencia es dispar, pues muchas veces se lo asimila al "estado de inconsciencia", el que puede emerger sobre fundamentos no patológicos, y así abarcar ciertos estados emocionales excepcionalmente agudos, súbitos e intensos [20]. A nuestro entender son situaciones distintas: cuando un trastorno mental transitorio coloca al individuo en estado de inconsciencia, no hay duda de que es éste el que determina la inimputabilidad; pero cuando aquella anormalidad pasajera no llega a derivar en inconsciencia, tiene que obedecer a una razón patológica para transformar a un individuo en inimputable. Por lo menos eso es lo que se desprende del texto de la ley, y que queda ratificado en el art. 15 del Proyecto de 1979, en el que la transitoriedad de la anomalía se refiere a la insuficiencia y a la alteración de las facultades, y no a la incons-

[20] CNCrim. y Correc, agosto 27-964, "Gómez de Vargas, Elisa D.". El voto del doctor Frías Caballero dice: "Por mi parte siempre he abrigado la convicción, avalada por precedentes doctrinarios, psicológicos y psiquiátricos de la mayor autoridad, que el mal llamado 'estado de inconsciencia', a que se refiere dicho texto penal puede emerger sobre bases no patológicas y, entre ellas, de ciertos estados emocionales excepcionalmente agudos, súbitos e intensos y que, asimismo, el llamado 'trastorno mental transitorio', una de cuyas vertientes —la más frecuente quizás— es el 'estado de inconsciencia', se halla implícitamente contenido en la fórmula legal, sin necesidad ninguna de expresa previsión". (*LL*, t. 117, p. 695).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ciencia (que en el Proyecto pasa a ser *grave perturbación de la conciencia*).

5º) *Estado de inconsciencia:*

Sus características pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) A pesar de la terminante expresión utilizada por la ley, no se requiere que el estado de inconsciencia sea absoluto, pues quien se encuentra absolutamente inconsciente no actúa. Se trata más bien de una *grave o profunda alteración de la conciencia* ("grave perturbación de la conciencia", dice el Proyecto de 1979 en su art. 15).

b) Es un estado temporario; si fuese permanente no requeriría una mención especial, pues se trataría de una situación de insuficiencia o de alteración morbosa.

c) Muchas veces se ha admitido sólo en los casos en que hubo amnesia posterior, pero en otras ocasiones —más correctamente— no se ha hecho de la amnesia un requisito, pues la inconsciencia puede llevar a la imposibilidad de dirigir las acciones, aun cuando exista comprensión.

d) Debe ser "no imputable". La inteligencia del párrafo del inc. 1º del art. 34 indica, desde el punto de vista gramatical, que las únicas causas "no imputables" son el error o la ignorancia de hecho. De no ser así, como la oración se interrumpe con la conjunción "o", continuando con "por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable", el adjetivo debería haberse empleado en plural; sólo así comprendería las tres situaciones. Aparte de ser gramaticalmente correcta esta interpretación, ella atiende al proceso legislativo, pues el párrafo "error o ignorancia de hecho no imputable", fue agregado por la segunda co-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

misión de senadores [21]. Del texto legal no resulta necesariamente que se haya llegado al estado de inconsciencia por motivos que puedan ser reprochados al autor. Volvemos a lo dicho en ocasión del análisis de la teoría de la *actio libera in causa*. Si el sujeto se colocó voluntariamente en estado de inconsciencia para cometer el delito, la imputabilidad debe buscarse en aquel momento de libertad, y la culpabilidad típica será dolosa; si sabía o debía saber que podía llegar a cometer un delito, la culpabilidad corresponderá a dolo eventual o culpa. Y puede aún haber casos en que no pueda reprocharse de ningún modo la conducta, por no ser previsible el resultado lesivo, ni en el momento que marca el origen de la cadena causal.

6º) *Comprensión de la criminalidad:*

Las deficiencias psíquicas mencionadas por el art. 34 en su inciso primero deben haber producido en el agente la imposibilidad de *comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*. Se trata de un efecto psicológico que obra en el nivel de la valoración (criminalidad) y de la dirección de las acciones, también en el sentido querido por la ley. El sujeto carece de esa capacidad cuando, por las causas antes enunciadas, le resulta imposible tomar conciencia de que lo que hace es criminal, tomada esta palabra en un sentido muy general, que abarca el mínimo contenido ético ínsito en el mandato legal. Por las mismas de-

[21] Esta interpretación, sin embargo, no es compartida, creyéndose que también el "estado de inconsciencia" debe ser *no imputable*. Para opinar así se atiende a los precedentes y a lo que puede extraerse de la Exposición de Motivos. El Código de 1886 eximía de pena al que "ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o *beodez completa e involuntaria*; y, generalmente, siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, *no imputable al agente* y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad" (art. 81, inc. 1º).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ficiencias psíquicas puede ocurrir que el individuo, aun dándose cuenta de que lo que hace *está mal*, se encuentra imposibilitado de proceder del modo querido por el ordenamiento legal. En ambos casos el sujeto procede de la manera en que lo hace pues, por insuficiencia, por alteración o por estado de inconsciencia, no llega a sentir el disvalor de su conducta ni puede impedir la realización de acciones que configuran infracción a normas sociales que son indispensables para la vida común [22].

7º) *Minoridad:*

El Código Penal de 1921, la ley 14.394 y la ley 22.278 se inclinaron por fijar una edad mínima, por debajo de la cual no es posible analizar las características personales del menor, pues directamente quien no haya cumplido los catorce años de edad no es punible (art. 1º, ley 22.278), sin perjuicio de las medidas que en la misma norma se disponen. Se trata entonces de una estimación legal de inimputabilidad por inmadurez, ya que la ley declara de manera implícita esa incapacidad con el carácter de presunción *juris et de jure*. De todas maneras, siempre se habrá cometido una acción típica y antijurídica, y ello acarrea distinto tipo de consecuencias. Algunas de ellas son las indicadas por la misma ley 22.278, y las demás son derivaciones civiles, que tienen su regulación en el código de la materia, a las que seguidamente nos referiremos [23].

[22] Sobre el tema, Spolansky, *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.

[23] No está demás recordar que el art. 5º del Proyecto de 1979 dice: "Este código se aplicará a las personas que en el momento del hecho tuvieran menos de dieciocho años, sólo cuando así lo dispusiere la ley especial correspondiente". Debería producirse la necesaria coordinación entre el Código Penal y la ley que instituye el régimen penal de la minoridad, pues aunque se entienda que los principios generales del Código se aplican a raíz de lo indicado en el art. 4º del Código, falta una remisión más precisa.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

§ 39. CONSECUENCIAS CIVILES

Si se demuestra la inimputabilidad del agente en el momento del hecho (con la remisión necesaria a los casos de *actio libera in causa*), el proceso penal terminará con la absolución [24], según lo dispuesto por el art. 34, inc. 1º, Código Penal, y sin perjuicio de las medidas de seguridad que se dispongan, según la misma norma. Pero el hecho cometido, no obstante la falta de culpabilidad del autor, quien carece de capacidad de ser culpable, es antijurídico [25]. Ello determina consecuencias civiles cuando se ha producido un daño; más adelante haremos un análisis de esas consecuencias en relación con cada una de las situaciones de inimputabilidad:

[24] Los Códigos de Procedimientos disponen el sobreseimiento (art. 434, inc. 3, CPPJF; art. 356, inc. e, CPP S. Fe), en la etapa instructoria; en el juicio se pronuncia la absolución.

[25] Dice Orgaz (*La culpa*, p. 18) que: "La acción formalmente ilícita de un sujeto inimputable no es para nuestra ley —ni, en general, para la doctrina clásica— sólo una acción 'inculpable', sino, más radicalmente, no es una 'acción' en sí misma, sino un mero 'hecho' equiparable a los de la naturaleza". Por las razones dadas al analizar la acción como elemento del delito, y especialmente la acción de los inimputables, no podemos compartir ese criterio. No puede equipararse a los hechos de la naturaleza, pues existe una participación subjetiva, aunque el ingrediente subjetivo de la acción sea elemental. Tampoco debe olvidarse que el demente puede haber ejecutado un acto dañoso sin esa participación subjetiva elemental, y en ese caso no es *autor*, y consecuentemente no se le puede aplicar una medida de seguridad (v.gr., en los casos de autoría mediata, cuando es utilizado por un tercero; o en los casos de *vis absoluta*, cuando es arrojado contra otro o contra un objeto para que produzca el daño). Empero debe recordarse que la opinión de Orgaz coincide con las fuentes utilizadas por el codificador, que en la nota del art. 900 dice. "El elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

1º) *Insuficiencia de las facultades y alteraciones morbosas de las mismas:*

El art. 907 del Código Civil dispone: "*Cuando por los hechos involuntarios* [26] *se causare a otro algún daño en su persona o bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiera enriquecido*". De manera que la obligación de indemnizar es excepcional, y sólo se produce en el último supuesto [27]. A su vez, el art. 1076 dice en su última parte: "*El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren*". Por su parte, el art. 908 deja a salvo los derechos de los perjudicados a exigir responsabilidad a quienes tienen a su cargo personas que obren sin el discernimiento correspondiente.

Esta manera de legislar sobre el acto del inimputable obedecía a la tradición romana, que vinculaba la responsabilidad a la culpa, pero no dejaba de amparar algunas situaciones injustas, como cuando el autor del daño disponía de

[26] El acto del inimputable es involuntario pues es ejecutado sin discernimiento (art. 897), lo que establece con expresa referencia a los dementes el art. 921; consecuentemente no produce por sí obligación alguna (art. 900).

[27] Dice Palmero (ob. cit., p. 81 y ss.) que no es posible confundir las indemnizaciones de equidad, nacidas de la última parte del nuevo art. 907 del Código Civil (reformado por la ley 17.711) con el supuesto de hecho de la primera parte en cuanto concede la *actio in rem verso* en contra del inimputable enriquecido. "Son dos acciones de diversa naturaleza jurídica: una meramente restitutoria y la otra, en cambio, plenamente reparativa, sólo que restringida a la particularidad de la *fattispecie* legal".

Hay una razón en virtud de la cual sólo corresponde un resarcimiento fundado en la equidad. Se podría preguntar por qué la víctima del daño debe soportar por lo menos parte de él. Y es que quien vive en el mundo tropieza con acontecimientos que le producen perjuicios, y que debe soportar como una consecuencia derivada de la imperfección de la naturaleza. Así como hay tormentas, inundaciones, maremotos, sequías, también hay dementes que producen daño. Ése es el sentido que corresponde a la nota del art. 900 cuando dice que el acto de un insano debe ser considerado como un acontecimiento fortuito.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

fortuna y la víctima que no la tenía no podía aspirar a ninguna forma de compensación. A corregir esas situaciones ha acudido la ley 17.771 la que, recogiendo la vertiente germánica de la consideración del tema, determina el resarcimiento fundado en la *equidad* y en relación con los respectivos patrimonios. Así se ha agregado al art. 907: *"Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima"*.

Con respecto al tema, es necesario destacar que desde antiguo ha preocupado la situación relativa a quien se ve privado de la razón debido a un hecho acaecido por su propia culpa [28]. O el caso del sonámbulo, a quien en algunos casos se ha estimado responsable, pese a su estado de absoluta inconsciencia, por culpa u omisión de las previsiones que era menester asumir para evitar daños sobre intereses ajenos [29]. Orgaz trae el ejemplo del conductor de un automóvil, que tiene esporádicamente accesos de epilepsia o lipotimia, etc. y durante uno de ellos ocasiona un accidente. A su criterio, en casos como éstos, la habitualidad puede ser un elemento decisivo para la imputabilidad del agente, si éste ha descuidado la adopción de las medidas necesarias para prevenir las consecuencias perjudiciales de sus crisis [30].

A nuestro juicio estas situaciones, vinculadas más frecuentemente al estado de inconsciencia que a la insuficiencia o alteración morbosa de las facultades, se deben resolver por aplicación de los principios de la *actio libera in causa* a los que ya nos hemos referido. No dejamos de tener presente que las invocaciones a la habitualidad, a la previsibilidad y, en definitiva a la culpa (anteriores al *momento del*

[28] Palmero (ob. cit., p. 123) menciona la excepción en la legislación austríaca.

[29] Palmero, ob. cit., p. 46.

[30] *La culpa*, p. 57.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

hecho, pues en ese instante el sujeto era incapaz) emparentan los argumentos con modernas tesis, según las cuales la teoría de la *actio libera in causa* es innecesaria en los hechos culposos, dada la estructura propia de éstos, fundamentalmente en cuanto concierne a las figuras delictivas de esa índole [31]. No obstante, cabría objetar que no es absolutamente exacto, por lo menos de la manera en que están diseñados los tipos culposos en nuestra legislación, que la colocación en estado de inimputabilidad implique la violación de un deber de cuidado, y cumplimente por esa sola razón los caracteres de la tipicidad culposa. Siempre tropezaríamos con el obstáculo —que la teoría de la *actio libera in causa* busca salvar—, de que la imputabilidad, y por consiguiente culpabilidad, no han existido en el momento del hecho, que en los delitos culposos de nuestra legislación es el de la causación del resultado. Ello no implica desconocer la existencia de una corriente doctrinaria que se muestra partidaria de no conceder importancia exagerada al resultado en los delitos culposos, y que considera que es posible la existencia de delitos culposos sin un resultado material, teniendo en cuenta que el resultado también es el peligro objetivamente enjuiciado [32].

En la cuestión civil que estamos considerando, las situaciones expuestas pueden ser resueltas por las disposiciones del Código referidas a la ebriedad, ya que en esta materia no rigen las restricciones propias del sistema penal, sino que puede recurrirse válidamente a la analogía (art. 16, Código Civil).

2º) *Ebriedad:*

Para la cuestión de la imputabilidad la embriaguez, si bien priva del discernimiento (art. 921), no exime de res-

[31] Zaffaroni, *Manual*, p. 381 y ss.
[32] Terragni, Marco Antonio, *Homicidio y lesiones culposos*, cit., p. 25.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ponsabilidad civil. El art. 1070 dice: *"No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio; ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probase que ésta fue involuntaria"*.

La última parte del artículo muestra que la elaboración dogmática penal, que procura resolver el problema de la responsabilidad penal del ebrio, se adapta perfectamente a los postulados de la legislación civil. En ambos ordenamientos la única exención de responsabilidad está dada para la ebriedad involuntaria [33]. Ésta es la que se produce por ignorancia de las condiciones de la bebida que se ingiere, o por la maliciosa acción de un tercero (según la expresión carrariana). En los demás supuestos, cuando el hecho penal puede reprocharse a título de dolo o de culpa, la responsabilidad civil resulta indiscutible. El art. 1070 debe entenderse como abarcando todos los casos de hechos cometidos en estado de embriaguez *reprochable*, que dejan subsistente la voluntariedad, trasladándose la imputabilidad y la culpabilidad al origen de la cadena causal, por aplicación de las reglas de la *actio libera in causa* [34]. Recurriendo a esta teoría se resuelven con justicia los casos en que el sujeto preordenó su situación de inimputabilidad para darse ánimos, para romper sus frenos inhibitorios o para tratar de eludir la subsiguiente responsabilidad por los perjuicios ocasionados en ese estado.

Respecto de las cuestiones vinculadas con la prueba, así como en el proceso penal la duda debe resolverse en favor del reo, en materia civil la duda es favorable al dam-

[33] Sostenemos también que no hay responsabilidad civil en las hipótesis en las cuales, si bien la ingestión etílica es voluntaria, el sujeto no pudo prever que una vez ebrio llegaría a cometer un delito; v. gr., aquel que bebe solo y en su casa, y que es sacado de ella por un grupo de amigos, que lo ponen al volante de un automóvil con el que atropella a un peatón.

[34] Conf. Llambías, ob. cit., p. 297.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

nificado, porque el principio del resarcimiento ha sido establecido en su interés, y sólo cede ante un caso comprobado de inimputabilidad no reprochable, o de inculpabilidad, en su caso [35].

3º) *Minoridad:*

Ya hemos visto que, de conformidad con lo dispuesto por la ley 22.278, el hecho típicamente antijurídico cometido por un menor que no haya cumplido los catorce años de edad, no es punible. Interesa analizar ahora cuál es la situación respecto de la responsabilidad civil.

Existe discordancia con referencia a las edades en ambos ordenamientos, pues la ley civil reputa realizados sin discernimiento los actos ilícitos de los menores de diez años (art. 921) [36]. Las razones de la disparidad consisten en que, en lo penal, el acto ilícito es castigado por ser culpable el autor y no se puede llegar a la imposición de pena, que es la máxima sanción, cuando el joven no ha llegado a un desarrollo mental suficiente como para comprender realmente que el acto que realiza es criminal. En cambio, en lo civil se sanciona el acto con la mera reparación, lo que no significa la afección de bienes personalísimos como son, sobre todo, la vida y la libertad. La ley civil, antes que castigar la persona del ofensor, contempla la situación en que ha quedado el damnificado. Volviendo a la materia puramente civil, se establece un límite de capacidad que supone la inexistencia de discernimiento y voluntad, lo que se presume *juris et de jure*. No puede indagarse la condición especial, o la facultad intelectual de la persona (art. 909), de manera que el incapaz por inmadurez no responde por sus actos

[35] Conf. Llambías, ob. cit., p. 298; Orgaz, *La culpa*, p. 57.

[36] "El menor de diez años, carente de discernimiento y voluntad, no puede realizar actos ilícitos" (CApel. Dolores, agosto 23-1966, *LL*, 124-744).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ilícitos, dejando a salvo la aplicabilidad de lo dispuesto en el art. 907, Código Civil y la responsabilidad de quienes tienen el menor a su cargo (art. 908); concretamente los padres que deben responder por los daños que causen sus hijos menores de diez años, que habiten con ellos (art. 273); los tutores que tienen que responder de los daños ocasionados por sus pupilos menores de 10 años que habiten con ellos (art. 433), las que en definitiva son responsabilidades autónomas que tienen su fuente —además de las normas mencionadas— en el principio general del art. 1113 del Código Civil. Todo, también, según las reglas de los arts. 1114 a 1117 del mismo cuerpo legal.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Capítulo V

LA CULPABILIDAD

§ 40. Principio "nulla poena sine culpa"

Así como el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* iluminó el tránsito del absolutismo a la libertad, el axioma *nulla poena sine culpa* marca el rumbo hacia el definitivo reconocimiento de la dignidad humana. Significa que solamente puede imponerse pena cuando se demuestre la existencia de una concreta culpabilidad, cuando el delito sea el producto de la acción libremente decidida, cuando el resultado producido se atribuya a una conciencia que tuvo la posibilidad de apreciar el disvalor del acto. Representa la eliminación de toda forma de responsabilidad objetiva, manera bárbara de penar con prescindencia de las posibilidades y limitaciones humanas. El derecho penal de nuestros días, el de los regímenes institucionales que respetan los derechos individuales, repudia la atribución de responsabilidad penal fundada en conceptos distintos del de la culpabilidad. El hombre debe responder solamente si ha actuado, si lo ha hecho de la manera prevista por la ley como delictiva, si su acto típico es antijurídico, y si su actuación típicamente antijurídica le es reprochable,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

pues pudiendo respetar la norma [1] ha optado por transgredirla. Esta última característica es la culpabilidad; se trata de una condición de la acción que revela una particular actitud del sujeto respecto de su acto. Esa actitud, que es una actitud *mental* (no física, ya que si se tratase de una cuestión física detendríamos el análisis en la acción —como elemento del delito—, soporte indispensable al que se le agregan los demás calificativos), origina el reproche del derecho, que es mayor cuando el resultado ha sido conscientemente buscado o asentido; y que es menor cuando el resultado se produce por omisión de las diligencias necesarias para evitarlo; lo que en la terminología hoy en boga constituye una infracción a los deberes de cuidado.

La consagración del principio *nulla poena sine culpa* implica también rechazar el criterio de la *defensa social*, según la cual la sociedad estaba determinada a defenderse de los individuos peligrosos, a los que podía aplicar *sanciones*, con prescindencia de que fuesen culpables o no, y aun antes de que hubiesen cometido un hecho antisocial.

La cuestión es importante en el derecho argentino, aún mantienen vigencia resabios del positivismo penal, y es frecuente invocar a la *defensa social* para castigar conductas en las cuales la culpabilidad respecto del delito no tiene el carácter que indebidamente se le asigna [2].

[1] Las fructíferas enseñanzas de Binding en torno a norma y ley penal siguen teniendo una actualidad innegable (véase Armin Kaufmann, *Teoría de las normas*) pues la indagación del sentido de las normas es la guía segura de la interpretación. Esto se revela en materia de culpabilidad pues el juez recurre directamente a las normas de cultura (de las que hablaba M. E. Mayer) cuando hace su juicio sobre la culpabilidad, particularmente la culposa, "sin que por ello reemplace la ley, ni la contradiga, ni la modifique, sólo busca el objeto de su juicio" (Fontán Balestra, *Tratado*, t. II, p. 83).

[2] La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado la tesis, que figura en "Fallos" 178-256, repetida en 209-290, etc. y que dice: "El hombre que toma más licor de lo que debe, responde de las consecuencias de los actos que realiza, por falta de dominio de sus facultades. *La defensa de la sociedad* inspira esta tesis preconizada por la doctrina moderna" (la bastardilla es nuestra).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

El Anteproyecto Soler de 1960 contenía un capítulo sobre culpabilidad, uno de cuyos subtítulos era "No hay pena sin culpa". Lo mismo ocurre con el Proyecto de 1979, con el artículo que la comisión denomina *Límite de la responsabilidad*, y que expresa: "De ninguna consecuencia de la acción será responsable el autor o el partícipe de un hecho, si con respecto a ella no hubiere obrado, al menos, culposamente" (art. 18). Como lo dice la nota que acompaña al texto del mismo número del Anteproyecto de 1960, tiene por fin "la expresa eliminación de toda forma de responsabilidad objetiva, poniendo un claro tope al encadenamiento de las consecuencias de la acción".

§ 41. Distinciones: imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad

Adquiere relevancia la distinción de los significados de estos tres conceptos, no sólo en materia penal, sino en relación con las consecuencias civiles de la acción, pues es frecuente verlos empleados como sinónimos, cuando en realidad quieren decir cosas absolutamente distintas: *Imputabilidad* no es ya la atribución de un hecho al autor en un sentido puramente físico; imputabilidad no es la condición de un sujeto que señala capacidad de ser autor, o de ser indicado como ejecutor de un acto; tampoco es reprochabilidad, salvo en la significación del art. 34, inc. 1º, cuando habla de error o ignorancia de hecho *no imputable*. Imputabilidad es, en definitiva, la condición del autor que lo hace capaz de ser culpable, como ya vimos en el capítulo respectivo.

Culpabilidad[3] es el elemento en que se centra el *re-*

[3] Carnelutti y Antolisei, en lugar de culpabilidad prefieren hablar de *voluntad culpable*, lo que tiene interés porque subraya que se trata de una actitud del autor, que es la base del juicio de reproche.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

proche personal al autor, porque pudo y debió proceder de otra manera. Así como la antijuridicidad representa la nota reveladora de la contrariedad *general* de la acción con el derecho, pues cualquiera que la cometa obrará contrariando la norma, la censura *al sujeto* sólo tiene lugar cuando se comprueba que él realizó la acción antijurídica no obstante haber tenido la posibilidad de acatar la norma que lo conminaba a obrar de otra manera.

Responsabilidad es la consecuencia final de la acción: reunidos todos los requisitos que la ley exige, el individuo debe responder ante la sociedad. Esa responsabilidad se traduce, en lo penal, en el cumplimiento de una pena [4], y en lo civil —generalmente— en el pago de una indemnización.

De manera que constituye un error confundir imputabilidad con culpabilidad y culpabilidad con responsabilidad, que son cosas completamente distintas. Un individuo puede ser imputable pero no culpable (por haber obrado en virtud de error o coacción), y puede ser culpable pero no responsable (por actuar en su favor una excusa absolutoria, por ejemplo).

§ 42. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA CULPABILIDAD

1º) *Concepción psicológica:*

Para ella la culpabilidad es la relación psíquica del individuo con su acto, que se traduce en dos formas básicas:

[4] No se traduce en la aplicación de una medida de seguridad para los inimputables, pues los que se encuentran en esa situación no son responsables penalmente. También es impropio englobar las medidas en el concepto de sanción (como hacían los positivistas) pues la sanción es siempre la consecuencia conminada para lograr el acatamiento de las normas, lo que no puede obrar sobre el incapaz. El único punto de contacto entre sanción y medida es que ambas son consecuencia de una actuación antijurídica.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

el dolo y la culpa. Un sujeto es culpable cuando obró comprendiendo la criminalidad del acto y dirigiendo su acción hacia el resultado querido o a cuya producción ha asentido; o cuando teniendo esa posibilidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones, produjo un resultado que debió prever o que previsto —y no querido— debió haber evitado.

Para esta concepción, interesa fundamentalmente cuál ha sido la actitud psíquica, pues la reacción penal será distinta en los diferentes supuestos. Merece mayor pena quien ha dirigido su voluntad hacia la realización de una conducta antisocial que aquel que ha producido un resultado no querido, pero que pudo haber evitado.

Los autores que se inclinan por considerar de esta manera la culpabilidad, la estudian luego de haber analizado la capacidad de ser culpable —condición del autor y no elemento del delito— y luego de haber determinado la existencia de una acción, que ésta es típica y antijurídica. Siguen así un orden sistemático, que es lógico, y que ha dado fructíferos resultados, ya que permite examinar separadamente aspectos cuya presencia o ausencia producen diferentes consecuencias jurídicas.

A pesar de nombrarse a esta concepción de la culpabilidad como psicológica, el rótulo no es del todo acertado, pues si bien se basa en una situación natural, como es la distinta actitud psicológica respecto de la acción, no interesa ésta en sí, sino la valoración que de esa actitud se hace. De tal manera que el resultado del análisis no es naturalístico sino normativo.

2º) *Concepción normativa:*

En razón de las especiales características e indagaciones del derecho del país en el que esta concepción surgió,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

se sostiene que la culpabilidad no es una relación psíquica sino un juicio de reproche al autor, a quien se le pudo exigir una conducta contraria a la que realizó. Ese juicio de reproche se realiza analizando el dolo, la culpa, la imputabilidad, las circunstancias, el carácter y las motivaciones del autor.

Una depuración mayor del elemento *culpabilidad* se produce en la concepción finalista de la acción, pues para los autores que comparten esta corriente, encabezada por el pensamiento de Welzel, la culpabilidad es solamente reprochabilidad. Desaparecen las cuestiones relativas a la finalidad perseguida, y el dolo y la culpa van a parar a la acción típica, elementos del delito que adquirieron una amplitud insospechada algunos años antes. La teoría de la acción finalista cambia totalmente la sistemática tradicional, y conduce a resultados distintos en muy variados aspectos del estudio del delito.

§ 43. LA CULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Resulta de interés seguir la evolución que ha tenido el tema en los distintos ordenamientos nacionales, proyectados unos y que han constituido o constituyen derecho positivo vigente, otros [5].

El tema de la culpabilidad estuvo de alguna manera sumergido en el de la responsabilidad, hasta que se impuso en nuestro país el estudio de la teoría del delito y de los elementos que lo componen. Hoy se sigue discutiendo su real naturaleza, pero hubo épocas en que no se analizaba

[5] Terragni, Marco Antonio, *La culpabilidad en el actual proyecto de reformas al Código Penal*, "Zeus", 5/8/80.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

así, y las dificultades radicaban en saber cuál era el fundamento de la responsabilidad penal. Por supuesto que en ello influía la lucha de escuelas, como luego se verá.

1º) *El Proyecto Tejedor:*

Este proyecto partía de la siguiente regla: "Toda acción criminal se presume legalmente cometida con voluntad criminal, a no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la causa". La idea se origina en el Código de Baviera, que si bien no desconoce el axioma *dolus non proesumitur*, cree que delante de esta presunción general hay otra especial, a saber: que se presume que todo hombre dotado de razón tiene conciencia de lo que hace, y esta presunción particular es superior a la general. Esta disposición ha originado una cantidad de protestas en repudio de la *presunción del dolo,* pero nosotros pensamos que dichas objeciones no son válidas, pues no han interpretado debidamente el sentido de esa regla del Proyecto Tejedor, que pasó luego al Código de 1886. Como dice implícitamente Tejedor en la cita al Comentario oficial al Código de Baviera, no se trata en rigor de una presunción *procesal* de la existencia de dolo, sino de un axioma de índole filosófica: la consagración legislativa de los presupuestos clásicos del libre albedrío.

Quiere decir que, en principio, todo aquel que cometa una acción criminal es responsable de la misma, a menos que resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la causa.

Si nos adelantamos un poco en el orden de la exposición, no podemos dejar de señalar que en pleno auge del positivismo, el legislador de 1921 se encontró ante la disyuntiva de si debía colocarse en la ley un artículo que dijera en qué se funda la responsabilidad penal, lo que

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

hubiera significado darle la razón a una u otra escuela. Y optó por lo más sensato: no decir nada, porque por otra parte tal tipo de declaración no tiene por qué constar en el Código Penal.

Siguiendo con el *Proyecto Tejedor*, vemos que existen definiciones respecto de cuándo un delito es cometido con dolo y cuándo con culpa. El art. 3 decía: "Hay crimen cometido con dolo, cuando el agente se propone la realización del crimen proveniente de su acción, como objeto intencional de ella, y a sabiendas de que la resolución tomada es ilegítima y punible". Una larga nota al pie del mismo demostraba un conocimiento profundo de la materia, tal cual había sido desarrollada hasta entonces.

El mismo Proyecto contenía una detallada regulación de la culpa, que en gran medida pasó al Código de 1886.

2º) *El Proyecto de Villegas, Ugarriza y García:*

Este proyecto seguía los mismos lineamientos: "La voluntad criminal es la libre decisión de cometer un hecho ilícito".

"La voluntad criminal no puede destruirse por la creencia de que el hecho penado por la ley es permitido por la conciencia o la religión, ni por el error o ignorancia de la clase y gravedad del castigo, ni por la naturaleza del hecho final o móvil de la resolución criminal, ni por el error respecto de la persona sobre quien se ha ejecutado el delito, ni por ser resuelto contra persona indeterminada".

"Todo hecho ilícito se presume legalmente que ha sido cometido con voluntad criminal, si no resulta lo contrario de la prueba y circunstancias particulares de la causa".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

3º) *El Código Penal de 1886:*

Comienza con el título de la *voluntad criminal*, la que presumía, como ya hemos dicho (art. 6), y contiene disposiciones sobre error (arts. 4 y 5) y una que puede interpretarse como refiriéndose al dolo indirecto (art. 7). En el mismo Libro primero, el Título III estaba referido a la *culpa o imprudencia*, distinguiendo la culpa grave de la leve (arts. 6 y 17). La idea básica, repetida del Comentario oficial al Código de Baviera, es que en la culpa "ha habido siempre posibilidad de evitar el perjuicio causado" [6].

Respecto de si corresponde o no incluir en el Código definiciones, es útil recordar que la nota al art. 15 dice también que "si bien un código no debe teorizar en general, puede muy bien indicar ciertas reglas que sirvan al juez para decir si en tal hecho ha habido o no intención culpable, y cuál ha sido el tamaño de esta culpa".

4º) *El Proyecto de 1891:*

Dicho proyecto produjo una innovación fundamental en la manera de legislar, y puede decirse que en este proyecto se encuentra el origen y la razón por la que nuestro Código de 1921 no contiene disposiciones especiales sobre responsabilidad y culpabilidad. A raíz del Proyecto de 1891 la ley de reformas 4189 suprimió las disposiciones del Código de

[6] En la nota al art. 15 hay una interesante referencia a los delitos preterintencionales y a los delitos calificados por el resultado: "Sin embargo, aunque la culpa no sea el dolo, puede a veces combinarse con él. Así, un individuo, comete contra otro una vía de hecho que no es de naturaleza capaz de dar la muerte. Pero la muerte se verifica contra todas las probabilidades. El agente será responsable de dolo en todo aquello que haya tenido voluntad de hacer, y de culpa en lo que haya sucedido contra su voluntad, a no ser que la ley por una disposición expresa disponga de otro modo, y lo haga responsable a título de crimen, aun del resultado involuntario, como en el caso de violación si muere la víctima, etcétera".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

1886 sobre *voluntad criminal*, y el mismo criterio se siguió en el Proyecto de 1906. La única norma que siguió vigente fue la del art. 6; o sea el criticado tema de la *presunción*.

A su vez, el Proyecto de 1891 traía la siguiente regla genérica sobre responsabilidad: "En la ejecución de un hecho punible se presume la intención de cometerlo, a no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares del proceso, o que las causas alegadas por el imputado o en su nombre, para excluir o modificar su responsabilidad, sean verosímiles y no exista prueba en contrario". La exposición de motivos es clara en el sentido de que entiende el tema no como referido concretamente a la culpabilidad, como elemento del delito y tal cual hoy lo consideramos, sino a la responsabilidad penal. Dice que éste es uno de los problemas más graves, más discutidos y más erizados de dificultades que pueden presentarse, sobre el que "los criminalistas investigan empeñosamente su solución para ofrecer a las legislaciones una base sólida en materia tan delicada e importante". De todas maneras, es notorio que se inclina en el sentido de reconocer la libertad del hombre, que puede acatar la ley o violarla, por ello el principio es el de la responsabilidad: "todo hombre responde de sus actos, porque los ha ejecutado, porque son suyos, porque se presume que ha tenido el designio de realizarlos; y esto es más estrictamente cierto si se trata de acciones criminosas. La excepción es la irresponsabilidad". La exactitud teórica del planteo, que aún hoy sería aceptable, con algunas correcciones, se diluye luego al entrar la Comisión a plantear el asunto desde el punto de vista de la prueba en el proceso, y allí sus argumentaciones no pueden ser actualmente compartidas. Explica luego la Comisión que suprimió los demás artículos referidos a la *intención criminal* "porque, bien interpretados, nada aclaran, nada agregan al principio general; y entendidos tales como suenan, como se hallan conce-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

bidos, serán una fuente de confusión y de perplejidades, pues no guardan armonía entre sí, o son contradictorias con otras disposiciones".

5º) *El Código de 1921 y el trámite de su sanción:*

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados se abstuvo de colocar precepto alguno referido a la responsabilidad penal, entendiendo que sólo pueden ser castigadas las acciones u omisiones penadas por la ley, de manera que quien las realiza es sancionado. La ley sólo debe establecer los motivos especiales que determinen o pueden determinar la absolución [7]. Quiere decir que para esta forma de legislar, la regla ante la infracción es el castigo; la ley tiene que señalar las excepciones.

Si bien el sistema puede merecer objeciones desde un enfoque doctrinario, no puede haber dudas de que en la práctica ha funcionado bien, ya que no produjo problemas mayores, y, por el contrario, los aportes de los estudiosos desde la cátedra, el libro o la magistratura han revalorizado permanentemente las virtudes del Código. Empero, hay prestigiosas opiniones que abogan por una reforma, que pasaría a enunciar la faz positiva de los elementos del delito, además de la faz negativa. En esta corriente está orientado el Proyecto de 1979, como luego veremos.

Hay que revisar cuidadosamente las razones de la Comisión de Diputados en el trámite de sanción del Código de 1921, pues sus advertencias sirven de manera permanente: cuando un individuo realiza una acción descripta en la parte especial, debe ser objeto de castigo, salvo cuando procedió por alguna de las causas que lo eximen, según el Código. La ley no necesita enunciar el principio gene-

[7] Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 202.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ral, lo único que debe indicar son las excepciones, o sea los casos en los que el castigo no debe aplicarse. "Todo lo demás es redundante *y tiende* a que se lleven al campo jurídico y práctico disquisiciones teóricas de peligrosa discusión" [8].

La Comisión de Códigos del Senado no introdujo ninguna modificación, pero cuando examina el tema de la imputabilidad hace alarde de modernismo y cientificismo al decir que el sistema que se propugna se inspira en la *temibilidad* o en la *peligrosidad* de los delincuentes. Pero luego resultó que esa adhesión a las tendencias vigentes en aquel entonces fue solamente verbal, pues el Código, aunque no lo diga, no funda la responsabilidad penal en la peligrosidad sino en la culpabilidad, como por otra parte es lo correcto. Las ideas de la Comisión del Senado, que yerran cuando creen que el proyecto sigue la tendencia positivista respecto de la responsabilidad penal y su ausencia, aciertan al fundamentar el porqué de la redacción del art. 41, para el que sí son válidas las citas de Ferri y de otros destacados representantes de la *Scuola*.

El Código fue así sancionado, sin referencias —en lo que ahora nos interesa— a la culpabilidad, sino a las circunstancias que la excluyen.

De los proyectos de reforma sólo nos referiremos a los que reflejan la situación de la ciencia penal y de la jurisprudencia de la época en que fueron concebidos, sin que esto signifique desconocer los esfuerzos de quienes elaboraron otros.

6º) *El Proyecto de Coll-Gómez:*

Este proyecto opta por referirse a las formas o especies de la culpabilidad y definirlas: "El delito es doloso

[8] La bastardilla es nuestra.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cuando el resultado de la acción u omisión que lo constituye responde a la intención que se tuvo al ejecutarlo. El delito es preterintencional, en los casos expresamente determinados por la ley, cuando el resultado excede a la intención que se tuvo al ejecutarlo, si el medio empleado no debió, razonablemente, producirlo. El delito es culposo, en los casos especialmente determinados por la ley, cuando el resultado deriva de imprudencia, negligencia o impericia, o de la inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes, deberes o disciplinas" (art. 4). Puede hacerse una crítica señalando que uno de los riesgos de incluir definiciones en la ley consiste en que, por más cuidado que se ponga, siempre quedan aspectos no contemplados, como ocurre en este artículo con el dolo indirecto o de consecuencias necesarias, y con el dolo eventual. Aparte, por supuesto, de las disidencias que puede originar toda definición, pues ella responde a las ideas del autor, que nunca motivan adhesiones unánimes. Lo que ocurre en el Proyecto de Coll-Gómez, v. gr., con la participación en el delito culposo (art. 14). Entre las circunstancias que determinan que "no exista delito" incluye el error de hecho (art. 15, inc. 1º) pero no la coacción, pues "si el acto no responde más que a la coacción de un tercero —en una de las dos formas que le son propias— pertenece íntegramente al que la ejercita y sobre él debe incidir la responsabilidad". Agrega: "parece superfluo hacer referencia a la coacción en el articulado de los códigos" [9].

7º) *El Proyecto Peco:*

Dedica el Capítulo I del Título segundo a la culpabilidad, empleando conceptos modernos y precisos: "El

[9] Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 547.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

delito es doloso, cuando el autor ejecuta un hecho típicamente antijurídico, con conciencia, voluntad y representación del resultado, que se quiere o ratifica. El delito es culposo, en los casos expresamente determinados en la ley, cuando el autor ejecuta un acto típicamente antijurídico, por imprudencia, impericia o negligencia, o por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes, deberes o disciplinas, atendiendo a las circunstancias y a la situación personal. No existe delito, si en ocasión de ejecutar un acto, incluso típicamente antijurídico, el autor causa un daño por puro accidente" (art. 7).

No podemos evitar la impresión de encontrarnos frente a una exposición teórica de lo que —para el autor del proyecto— pudo significar el dolo, la culpa y el caso fortuito, incluso por las vacilaciones, ya que si parece firmemente asentada la definición del dolo (aceptando las teorías que sobre el mismo existían en la época) no ocurre lo mismo con la culpa, y aun con el caso fortuito. De todas maneras, este proyecto, coherente y sistemático, fue muy moderno, y para su elaboración se tuvieron en cuenta el derecho comparado y la doctrina más aceptable en el momento de su presentación. Contiene una previsión sobre el delito calificado por el resultado, el que se castigará sólo cuando el autor pudo haber previsto ese resultado (art. 8); y una regulación sobre el error, que incluye al de derecho: "En el error esencial de derecho el juez podrá atenuar libremente la sanción y aun excluir de responsabilidad, si el autor tuvo motivos fundados para creer en la licitud del acto. En el error de hecho sobre un elemento esencial de un delito determinado, el juez tendrá en cuenta la apreciación errónea para excluir la responsabilidad. Si el error de derecho o de hecho provienen de culpa, se aplicará la sanción establecida para el delito culposo" (art. 9). Fina-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

liza el título de la culpabilidad con la mención del error *in personam* (art. 10).

8º) *El Anteproyecto Soler de 1960:*

Es la fuente básica, como resulta obvio, del Proyecto de 1979. Tiene una particular utilidad para la interpretación de este último, pues contrariamente a este caso, cada artículo estaba acompañado por notas. Contiene un capítulo sobre culpabilidad, con los siguientes subtítulos: "No hay pena sin culpa", "dolo", "culpa", "error esencial", "error o ignorancia de derecho" y "coacción y necesidad exculpante". La redacción de los artículos no es idéntica a la del Proyecto de 1979, lo que comentaremos al analizar este último.

9º) *El Proyecto de 1979:*

Dedica al tema de la culpabilidad el Capítulo 4º del Título II ("El delito") cambiando la metodología del Anteproyecto de 1960, pues en el capítulo anterior se refiere a la imputabilidad, cuando en 1960 la imputabilidad estaba en el título *Del autor*. En el último, la culpabilidad se encuentra inmediatamente después de la imputabilidad, lo que parece correcto como método legal, a pesar de que teóricamente hay necesidad de destacar que la imputabilidad no es elemento del delito sino condición del autor. Pero es preferible que la ley sea clara y de fácil aplicación, aunque no se adecue perfectamente a la doctrina pura.

Comienza el capítulo con un artículo al que la Comisión denomina "Límite de la responsabilidad", que dice: "De ninguna consecuencia de la acción será responsable el autor o el partícipe de un hecho, si con respecto a ella no

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

hubiere obrado, a lo menos, culposamente" (art. 18). Repite el artículo del mismo número del Proyecto de 1960, oportunidad en que se dieron las razones: colocar al lado del principio *nullum crimen sine lege* la afirmación de que no hay pena sin culpa. Se trata de uno de los fundamentos del derecho penal liberal, y, en consecuencia, debe iluminar toda nuestra legislación, y la interpretación que de ella se haga. La nota dice que el texto adoptado tiene por fin "la expresa eliminación de toda forma de responsabilidad objetiva poniendo un claro tope al encadenamiento de consecuencias de la acción"; y ello es tan importante para el respeto de la dignidad humana, que no es aventurado suponer que se trata de un principio que debería tener rango constitucional.

El artículo siguiente se refiere al dolo: "Obra con dolo el que, sabiendo lo que hace, quiere de modo directo el hecho ilícito o asiente a su producción eventual". Mejora la redacción del Anteproyecto de 1960 y contempla todas las formas de dolo. Sin perjuicio de señalar la corrección del texto, es preciso recordar el peso de la posición contraria, la del Código de 1921, que no incluye definiciones de la faz positiva de los elementos del delito, y menciona sólo las excepciones a la regla de la responsabilidad. Puede ocurrir que un intérprete, que se sujete estrictamente a los términos de la ley, crea que en algún caso no haya culpabilidad, porque no se den los requisitos del dolo o de la culpa, al margen de las hipótesis legales de exclusión. Soler advirtió esa posibilidad cuando se abstuvo de enunciar directamente que "no hay pena sin culpa", diciendo en la nota al art. 18 del Anteproyecto de 1960: "Nos ha parecido, sin embargo, que la formulación de tal enunciado podría inducir en la práctica a la creencia de que juega con independencia de las causas de exclusión de la culpabilidad y que, por lo tanto, el juez vendría a quedar facul-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tado para declarar no culpable a un sujeto, más allá de las disposiciones que regulan el contenido subjetivo del delito y su exclusión (error, coacción, turbación del ánimo en el exceso, necesidad exculpante) lo cual no es exacto".

El art. 20 del Proyecto se refiere a la *culpa*: "Obra con culpa el que produce un resultado delictuoso sin quererlo cuando, por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumbían, no previó lo que ocurriría o, previéndolo, creyó poder evitarlo. La ley determina en cada caso si es punible el hecho culposo". La definición abarca el concepto que los autores del trabajo tenían sobre el hecho culposo, y comprende la culpa inconsciente y la consciente o con representación. En 1960, si bien la formulación era la misma, en la nota se advertía que la disposición tenía una función más modesta: evitar la repetición del precepto tantas veces como hubiera incriminaciones culposas en la Parte Especial. Por supuesto que ese resultado se hubiese podido lograr incluyendo una mención en el artículo referido a la "significación de términos empleados" (art. 7).

El art. 21 trata del *error*: "No es punible el que no hubiere comprendido la criminalidad del acto por errónea apreciación de un elemento constitutivo de la figura legal, o debido a la errónea creencia de que median circunstancias de hecho que justifican o excusan su obrar. Si el error fuese imputable a culpa del agente, se aplicará la pena del correspondiente delito culposo". La formulación es distinta de la del Anteproyecto de 1960 y mucho más compleja. Seguramente han influido opiniones doctrinarias basadas en el derecho alemán, con sus investigaciones sobre el error de tipo. El artículo siguiente trata acerca de la *ignorancia de la ley penal*: "No es punible el que no hubiere podido comprender la criminalidad del acto por ignorancia insuperable de la existencia de la ley penal trans-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

gredida. La ignorancia superable no excluye el dolo". Para guardar coherencia con las otras disposiciones del Proyecto, la consecuencia lógica de la ignorancia superable debió ser la remisión a la pena del delito culposo, o a una reducción de pena, como lo contemplaba el Anteproyecto de 1960.

El art. 23 declara no punible al "que obrare moralmente violentado por coacción de otro", con lo cual mejora la redacción del actual art. 34, inc. 2º, separando la fuerza física irresistible, que desplaza la autoría de la coacción que excluye la culpabilidad.

El último artículo del capítulo de la culpabilidad se refiere al estado de necesidad exculpante: "No es punible el que obrare moralmente violentado por la necesidad de evitar un mal inminente y particularmente grave para su persona o para la persona de alguien con la que está unido por estrechos vínculos de parentesco o afecto. Si el agente hubiera creado culposamente la situación de peligro, el hecho será reprimido con la pena fijada para el delito culposo". Ha cambiado la redacción del Anteproyecto de 1960, pero el sentido es el mismo. A su vez, el parágrafo 35 del Código Penal alemán regula la institución con otras palabras, llegando a similar consecuencia de exclusión de la culpabilidad.

§ 44. EL DOLO

Como resulta de los antecedentes reseñados, no existe duda de que en nuestro derecho es una de las formas en que se revela la culpabilidad. Implica una especial actitud mental del sujeto que se representa el resultado y quiere que se produzca (dolo directo), o bien no queriéndolo sabe que se producirá (dolo indirecto o de consecuen-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cias necesarias), o asiente respecto de su probable producción (dolo eventual).

Corresponde advertir, para evitar equívocos, que en sentido jurídico-penal no es lo mismo dolo que intención. La palabra *dolo* tiene una significación compleja que encierra no sólo la actitud mental, intención, sino que esa intención debe ser la de un individuo que tiene la posibilidad de motivarse conforme a lo que el ordenamiento jurídico quiere. No cualquier intención equivale a dolo. Esto resulta evidente si se piensa en la incongruencia de querer analizar como típicamente dolosa la acción del inimputable. El enfermo mental realiza acciones que están guiadas por una finalidad, la que en un individuo normal indicaría —si esa finalidad estuviese enderezada a conseguir el resultado querido— la existencia de dolo; y si la finalidad no corresponde al resultado conseguido, que pudo y debió ser evitado, la existencia de culpa. Pero la intención que guía al demente no es ni dolo ni culpa [10], sino una simple intención. El dolo y la culpa no se agotan en contenidos psicológicos, sino que son conceptos jurídicos, que para completarse necesitan de la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones.

Suponen, además, la realización de una conducta antijurídica, pues no tiene sentido hablar de dolo o de culpa en una acción atípica o justificada. Quien obra en legítima defensa tiene la intención de defenderse, pero resultaría absurdo sostener que obra con "dolo de defenderse". De manera que el análisis de la culpabilidad y de sus formas o especies está en un plano lógico, posterior a la determinación de los demás elementos: acción, tipo y antijuridicidad, lo que no implica desconocer la íntima relación entre todos,

[10] Expone la opinión contraria Cousiño Mac Iver, *Derecho penal chileno*, Parte General, t. I, p. 651.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

como que a través de la tipicidad se diferencian legalmente las acciones dolosas y culposas [11].

El dolo está compuesto por ingredientes *intelectivos* que implican conocimiento del sentido de la acción, de la cadena causal y representación del resultado, además de la comprensión de la criminalidad del acto; de elementos *volitivos* que hacen a la intención, a la finalidad perseguida y a la dirección de las acciones, y al asentimiento respecto del resultado. Y fundamentalmente, todos esos elementos reunidos no son suficientes para determinar la existencia de dolo, si no concurren a *una decisión libremente asumida* [12], entendida de dos maneras distintas:

a) Que no exista discordancia entre lo que el individuo sabe, planea y realiza, y la realidad física y jurídica;

b) Que no influyan en su ánimo factores externos que lo compelan a actuar de manera contraria a sus reales intenciones.

El dolo es único: no existen dolos especiales o específicos. Cuando la ley requiere algo más que la simple dirección de la acción conforme a la comprensión de la criminalidad del acto, y se refiere a una especial intención, ello indica la existencia de elementos subjetivos del tipo, distintos del dolo. No habiéndose realizado la acción con esas connotaciones subjetivas especiales, resulta atípica. En ese

[11] En la materia del exceso del art. 35, Código Penal, se puede notar una imperfecta coordinación entre el tipo y la forma de la culpabilidad, pues una cosa es que la ley castigue el exceso con las penas de los delitos culposos y otra que la acción realmente sea culposa; que puede no serlo y sin embargo el castigo que correspondería a la intención deja, por mandato de la ley, de ser doloso para convertirse en culposo. Ya sostuvimos en el lugar correspondiente nuestro criterio de que lo que disminuye es la imputación, interpretada a la manera de Carrara, lo que se refleja en la pena.

[12] El art. 1076 dice: *"Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación por parte del autor"*, y aunque la disposición se refiera al concepto civil de delito (art. 1072 y su nota) no cabe dudar del acierto de la expresión.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

caso no es necesario analizar el dolo pues, como ya dijimos, no se lo concibe en acciones penalmente irrelevantes.

También es necesario advertir que no se corresponden los conceptos de dolo que utiliza el derecho penal, con los similares del derecho civil. Si bien puede sostenerse que en derecho penal el dolo es *dolus malus* [13] y no simple intención, también es exacto que en la mayoría de los delitos (salvo los que contemplan la existencia de elementos subjetivos en el tipo), no es necesario que el autor esté guiado por una finalidad especial. Obra con dolo quien mata para eliminar un rival, como el que lo hace por venganza o por despecho, etc. En cambio, en nuestro Código Civil la palabra *dolo* tiene otro sentido. El dolo se configura por "*toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin*" (art. 931). Vale decir que, como lo expresa la nota al artículo, la definición "abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar". El concepto así plasmado sirve para determinar la nulidad de un acto (art. 932), pero no tiene aplicación para llevar distinciones civiles en el terreno de los hechos ilícitos. El dolo así considerado se vincula más bien con el ardid o engaño de la estafa (art. 172, Código Penal) conforme a las fuentes romanas de la palabra dolo, que también tuvo en cuenta la Ley de Partidas.

El equivalente del Código Civil a la expresión *dolo* del derecho penal, se expresa con la explicación que da el art. 1072: el conocimiento e intención de dañar la persona o los derechos de otro. Los actos ilícitos ejecutados de esa

[13] Entendemos esta expresión, no como equivalente al *dolus malus* contractual de los romanos, definido como *machinationen quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur*, sino como la intención de lograr el resultado dañoso para cuya sanción se ha dictado la norma penal; que también así se ha interpretado la expresión teniendo en cuenta los principios vigentes en el derecho romano.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

manera son designados por el Código Civil como "delitos" [14].

Nuestro legislador civil tomó el concepto de dolo empleado en el art. 931 de la ley romana, que cita en la nota (L. 1, par. 2, Dig. "De Dolo"): *Omnis calliditas, fallatio, machinatio ad fallendum alterum aut decipiendum adhibita*, y es significativo comprobar cómo esta mención de los medios empleados para engañar, que constituían la acción dolosa, pasó a designar la forma de comisión de todos los delitos realizados con intención. La finalidad es tan notable en la *machinatio*, como intriga urdida para conseguir el objeto, que todas las actitudes destinadas a lograr el resultado buscado pasaron a identificarse como dolosas. Sólo en el derecho civil, y conforme a las prescripciones de nuestro Código, el dolo conservó su antigua y limitada acepción.

§ 45. LA CULPA

Así como el dolo es un concepto jurídico-penal que parte de una actitud psíquica del sujeto, también la culpa tiene similares características, aunque la reprobación que merece esa actitud se produce mediante un uso más acentuado de valoraciones jurídicas. A través de los tiempos se ha producido una notable evolución: en Roma la culpa de los delitos no constituía objeto de represión propiamente dicha, por lo que el evento derivado de culpa se consideraba como una desgracia infligida por la cólera de los dioses, a la persona que obraba culposamente, de suerte que el desgraciado había de aplacar a la divinidad, y la culpa se

[14] El Código Civil se refiere también al dolo en la materia del cumplimiento de las obligaciones, según los arts. 506, 507, a los que en su primitiva redacción se agregaba el art. 521. Pero el concepto es distinto del correspondiente a los arts. 931 ó 933, o al que surge del art. 1072, pues el de aquéllos equivale a *inejecución maliciosa* (art. 521 según la ley 17.711).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

comprendía en la categoría del caso fortuito [15]. Paulatinamente las exigencias se han hecho mayores, de manera tal que, aunque la actitud siga siendo la misma, los deberes de cuidado se han hecho rigurosos.

Psicológicamente considerada, la actitud del sujeto revela simplemente la falta de intención respecto de la producción del resultado dañoso. La comprensión y la dirección de las acciones conforme a ese saber y a la voluntad, son inversas a las derivadas de las actitudes dolosas. Quien obra con dolo sabe que lo que hace está prohibido, no obstante lo cual quiere el resultado o asiente a su producción eventual. Su posición es de abierta rebeldía respecto del orden jurídico; consecuentemente el disvalor de su acto es evidente, y la reacción que provoca intensa. Quien no quiere conseguir un resultado dañoso, y ni siquiera se lo representa (o si lo hace confía en evitarlo), está en una actitud mental que en nada difiere de la que emplea en la realización de actos lícitos. La calificación como culpable de esa conducta no está dada por lo que positivamente pensó el sujeto al realizar el acto, sino por *lo que debió prever*. Este deber de previsión no es un elemento natural propiamente dicho, en el sentido de que no se trata de una estructura mental y de comportamiento ínsita en el sujeto y desviada respecto de los mandatos del orden jurídico. Algo de eso hay, sobre todo en casos extremos en que el individuo resulta un inadaptado para vivir en la sociedad contemporánea y produce continuamente resultados dañosos. Pero más que ello, en situaciones comunes, el deber de previsión *es impuesto por el derecho* [16].

Como la conducta culposa no revela perversidad (aunque sí peligrosidad), la reacción social respecto de

[15] Guarnieri, ob. cit., p. 12.

[16] Según Baumann, la culpa se funda en las características de no saber o de no querer (característica psíquica negativa), existiendo la posibilidad de saber y de evitar (característica normativa). "Las características psíquicas

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ella es menor que la que genera la acción dolosa, hasta el punto de que sólo modernamente, como hemos visto, se la considera delictiva. Hace relativamente poco tiempo que los hechos culposos dejaron el campo del derecho civil, en el que se hallaban como cuasidelitos, y en el que generaban solamente una responsabilidad resarcitoria, para ingresar en el terreno penal, en el que dan lugar a la aplicación de una pena.

Este tránsito se realizó en razón de que la complejidad de la vida moderna obliga a poner más cuidado en cada uno de los actos de los que puede derivar peligro para los bienes jurídicos. De allí comenzó a conminarse con pena la realización de conductas descuidadas que producen resultados lesivos a ciertos bienes jurídicos, aquéllos que merecen un especial resguardo.

Pero es preciso levantar voces de advertencia sobre la tendencia a aumentar el número de los delitos culposos y a incrementar sus penas, pues por esa vía se pierde de vista que el ser humano es imperfecto y falible, y algunos de sus errores deben ser perdonados. Quienes piensan de otra manera imaginan una humanidad compuesta por autómatas, capaces de desempeñarse en la compleja civilización actual sin ninguna falla. Es evidente, sin embargo, que a menos que se produzca un cambio antropológico imprevisible, el hombre seguirá equivocándose, porque la libertad de elección de las posibilidades de acción (y con ello la posibilidad de elegir mal) es una de las características propias de la

---

(no la relación) de *no saber* o de *no querer*, sirven, en primer término, como deslinde frente al dolo". "Más importantes que las características de no saber, o por lo menos, de no querer, necesarias únicamente para la separación del dolo, son las características normativas de *poder saber* y *de poder evitar*. Poder saber y poder evitar no son simples juicios sobre posibilidades, sino estas mismas posibilidades intelectuales, psíquicas y físicas. El autor debe estar en condiciones de poder si quiso. Debe existir en él una auténtica *potestas*. Nuestro juicio sobre la culpa es tan sólo la valoración y comprobación de esta *potestas*" (*Derecho penal*, p. 268).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

especie. No se puede exigir una conducta perfecta, y menos se logrará esa perfección a través de la amenaza penal. El derecho tiene sus limitaciones, y una de ellas consiste precisamente en no poder ordenar conductas que se realicen indefectiblemente. Tampoco puede castigar más que las *infracciones graves* al deber de obrar cuidadosamente. Lo demás significaría una tiranía insoportable.

Si no existe una actitud mental positiva hacia el acto dañoso, y no está descripta la acción culposa típicamente antijurídica de otra manera que por el resultado producido, la determinación de si ha existido culpa o no siempre deja un margen de apreciación subjetiva por parte del juzgador. Cuando un individuo se propone matar y mata, sabe que está produciendo una muerte; pero cuando conduce un automóvil y realiza un giro, sin saber que a la vuelta del camino un peatón cruza la calzada, no sabe que va a producir una muerte (aunque pueda y deba preverlo). De lo único que tiene conciencia es de que está guiando su vehículo: la muerte del peatón es un resultado no querido ni esperado de la acción de guiar el automóvil. Es el juez quien realizará el juicio de valor para reprochar o exculpar la conducta. Él dirá si al automovilista le era exigida, para el caso, una actitud distinta: imprimir menor velocidad, controlar la eficacia de los frenos, conservar el dominio del vehículo, etcétera.

Si la culpa se resume, según los exactos conceptos del Código Civil, en la omisión del deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902) o si, lo que significa lo mismo, se trata de una violación del deber de cuidado [17], es preciso que al sujeto se le haya podido

[17] Al practicarse una intervención quirúrgica se le dejó a la paciente, al cerrársele la herida, una pinza empleada en la operación, provocándole un daño en el cuerpo y en la salud, por las consecuencias directas de la existencia de la misma, y por la necesaria nueva intervención para su extracción. La Cámara Criminal y Correccional, Sala 4ª, que juzgó el caso ("A., E.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

exigir una conducta distinta, adecuada a la norma. En esa apreciación resultará siempre oportuno tener presente la cita que hace Vélez Sársfield de la opinión de Zacharie en la nota al art. 512. Luego de hacer referencia a la dificultad de considerar la existencia de especies en la culpa (grave, leve y levísima) dice que *la gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razón de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en las cuales ella se produce.* Agrega que *la sola ley es la conciencia del juez.* "El artículo del Código se reduce a un consejo a los jueces de no tener demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables, debidos a la cosa que está encargado de conservar, sea en razón de la naturaleza de ella, sea en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta". Si trasladamos el párrafo del campo en que está inserto al más amplio de las obligaciones derivadas de la vida social, el consejo no puede ser más sabio.

§ 46. LA CULPA EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Nuestro Código no contiene definiciones de la culpa en la Parte General ni tampoco elabora un *crimen culpae* al estilo de la legislación española [18]. Los delitos culposos de

---

s/lesiones", causa 21.772, abril 25-978 dijo que "siendo el médico aludido quien tuvo por delante el campo operatorio hasta el cierre de la herida quirúrgica, y bajo sus órdenes y dirección a sus ayudantes, no cabe ninguna duda de que el hecho narrado se debe exclusivamente a su falta de atención y cuidado, mucho más exigible estando la salud del paciente de por medio (art. 902, Código Civil)" (*LL*, 7/6/78).

[18] El Título XIV del Código Penal español se refiere a la *imprudencia punible.* El artículo castiga con prisión menor al que "por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito", y con

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

la parte especial son excepcionales, constituyendo un *numerus clausus* [19]. A pesar de que por su especial estructura no está descripta la acción sino en relación con el resultado, no constituyen tipos abiertos. Nuestro derecho repudia cualquier forma de indeterminación del tipo, que representaría una violación del principio de legalidad.

Al no existir definición de la culpa en la Parte General, el Código se ve precisado a caracterizar el delito culposo, en cada caso, como la producción de un resultado dañoso debido a imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a cargo de quien lo ocasiona. Éstas son las formas de manifestación de la culpa. que repite el Proyecto de 1979 con una variación en la parte final: "inobservancia de los deberes que en concreto le incumbían" (art. 20).

Cada una de estas formas de manifestación de la culpa tiene su propio significado, y además sus expresiones son elementos típicos, de manera que si en una figura de la parte especial se menciona que el delito debe producirse por *imprudencia*, y ésta no se ha dado en el caso, no es posible aducir la *inobservancia* (si ésta no es mencionada) para extraer de allí la evidencia de que ha existido culpa [20].

Primero la doctrina y luego la legislación, cuyos textos se procura reformar para abarcar ambos aspectos [21], distin-

---

arresto mayor "al que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia". Agrega: "En la aplicación de estas penas, procederán los tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescriptas en el art. 61" (que se refiere al juego de las circunstancias agravantes o atenuantes).

[19] Es obvio que cuando la ley no contempla la forma culposa, y el dolo queda excluido, no es posible aplicar pena alguna.

[20] En la doctrina, las opiniones sobre el tema están divididas. En el sentido expuesto en el texto se pronuncian Terán Lomas, *Derecho penal*, p. 530; Creus, *Sinopsis*, p. 130. En contra Malamud Goti, *El delito imprudente*, p. 75.

[21] Cousiño Mac Iver, *Derecho penal chileno*, t. I, p. 787; Reyes, Alfonso, *La culpabilidad*, p. 109; Anteproyecto Soler, art. 20 y su nota; Proyecto de 1979, art. 20.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

guen dos modalidades de la culpa: *culpa consciente* y *culpa inconsciente*, o con o sin representación o con o sin previsión. En el primer caso el autor tiene presente que con su acción puede producir un resultado dañoso, pero no obstante la emprende porque confía en poder evitarlo. Su actitud linda con el dolo eventual, pero no llega a ser dolosa porque no ratifica el resultado, que desea evitar. Por eso el reproche es diferente. De no creer el autor en la posibilidad de evitar el resultado, no hubiese realizado la acción, por lo que se mantiene en el ámbito de la culpa. Pero si la eventual causación del resultado lo hubiese dejado indiferente, la acción que emprende es dolosa. En el primer supuesto el sujeto confía en guiar sus actos conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico; en el segundo, que el derecho le conmine a una conducta distinta lo deja indiferente. No es un rebelde, como puede serlo el que actúa con dolo directo, pero consciente y voluntariamente deja de acatar la ley.

Las denominaciones de *culpa consciente* y *culpa inconsciente* no son rigurosamente exactas; sí solamente aproximadas a raíz de un intento de simplificación, pues lo que está consciente o inconsciente no es la culpa, sino la posibilidad de la producción del resultado.

Se ha discutido si es más peligroso para la convivencia social (y por lo tanto merece mayor reproche) el que obra con representación del posible resultado, o quien lo hace inconscientemente respecto del mismo. Es difícil saberlo, pero a nuestro juicio revela una ineptitud mayor para conducirse en la vida social el que ni siquiera imagina las consecuencias de sus acciones, con el riesgo que ellas implican. El otro comete un error, que porque pudo ser evitado es reprochable, pero el que no tiene conciencia de las consecuencias posibles de su acción, pone en mayor peligro los bienes jurídicos.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

§ 47. LA PRETERINTENCIÓN

Desde que se fue elaborando el derecho penal como actualmente lo conocemos y estudiamos, llamó la atención que hubiera hechos cuyas consecuencias se cargan al agente, aunque no las haya querido. Como ese exceso está más allá de la intención, no podía atribuirse el resultado lisa y llanamente al dolo inicial; pero tampoco el hecho total podía ser catalogado como culposo, ya que el origen era intencional. Carrara se ocupó del tema cuando trató acerca del homicidio preterintencional, diciendo que "pertenece a la familia de los homicidios dolosos, porque se origina en el ánimo dirigido a lesionar a una persona, pero respecto de su gravedad, ocupa un lugar intermedio entre los dolosos y los culposos [22]. Cuando menciona los orígenes de la figura dice que es íntegramente creación de la equidad práctica. Desde Carpzovio en adelante se distinguió el homicidio preterintencional como una especie anómala, al que se castigaba con una pena intermedia entre la de lesiones graves y la del simple homicidio doloso. Resultaba claro para Carrara que la muerte en el homicidio perterintencional "no ha sido voluntaria o querida; no fue tampoco prevista, *aunque hubiera podido preverse*". De esta última expresión, subrayada por nosotros, se extrae la conclusión de que el resultado no querido es culposo, porque pudo y debió preverse.

Buscando la ubicación precisa de la preterintención dentro de la culpabilidad, se ha pensado que constituye, junto con el dolo y la culpa, una tercera forma. Según Feuerbach es "culpa determinada por el dolo", y para Pessina "culpa mixta con dolo". De todas maneras, el límite entre

22 *Programa*, Parte especial, vol. I, p. 83.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

la culpa y el caso fortuito está marcado, y el resultado preterintencional sólo puede cargarse al agente cuando, por lo menos, se le puede atribuir culpa respecto del resultado excesivo.

No se trata ya del principio romano *casus dolo vel culpa determinatus*, que hacía responsable al deudor de lo que sucedía por caso fortuito, cuando éste producía sus efectos en razón de un dolo o de una culpa anterior de su parte [23]. Tampoco se trata del *versari in re illicita*.

Lo que interesa es asentar definitivamente el criterio de que todo resultado, para que pueda ser cargado al autor, debe ser abarcado por la posibilidad y el deber de preverlo. Es lo que dice en forma expresa el art. 18 del Código alemán bajo el título de *Pena más grave en especiales consecuencias del hecho*: "Asociando la ley una pena más grave a una especial consecuencia del hecho, sólo se aplica al autor o partícipe cuando a él se le carga esta consecuencia al menos culposamente".

§ 48. FAZ NEGATIVA: CAUSAS QUE EXCLUYEN LA CULPABILIDAD

1º) *Las causas de inculpabilidad en general:*

Son aquellas circunstancias que eliminan el dolo y la culpa, y también la preterintención como tercera forma de la culpabilidad o como *mixtura de dolo y culpa*. Es así según la concepción psicológica de la culpabilidad, ya que conforme a la corriente normativa, las causas de inculpabilidad son aquellas que imposibilitan la formulación del juicio de reproche. Conforme al finalismo, y teniendo en

[23] Oderigo, Mario A., *Delitos preterintencionales*, p. 8.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cuenta que los elementos subjetivos están contenidos en el tipo, los caminos por los cuales se arriba a la declaración de inculpabilidad son distintos. La culpabilidad desempeña un papel diferente según la concepción que de ella se tenga, pues si se la considera psicológica, ella residirá en el alma del autor, y constituirá el aspecto subjetivo del hecho por excelencia. Si la culpabilidad es concebida normativamente, si ella consiste en el juicio de reproche que se le hace al autor, deja de residir en el agente para constituirse, también ella, en algo exterior —aunque con referencia a la subjetividad— pues el juicio lo formula el derecho. Al mismo tiempo, si la metodología del análisis lleva el dolo y la culpa al ámbito del tipo, la culpabilidad se despoja definitivamente de subjetividad, para constituir exclusivamente un reproche.

Cualquiera que sea la concepción que sobre la culpabilidad se tenga, su inexistencia conduce a la impunidad, ya sea que se considere ello justo porque el autor no pudo, en el caso concreto, decidir libremente, o porque no ha podido prever las consecuencias de su acción; sea que se sostenga que no es posible formular, respecto de su acción, un juicio de reproche [24].

Si la culpabilidad conduce a la sanción porque el sujeto no ha guiado sus acciones conforme a las exigencias del orden jurídico, resulta notorio que no se puede aplicar pena cuando mediaron circunstancias que le impidieron acatar la norma. Ese impedimento puede existir, en general, para cual-

[24] Esta expresión *juicio de reproche* puede conducir al error de suponer que en la concepción psicológica de la culpabilidad se sostenga que ésta radica exclusivamente en la existencia de una determinada actitud mental respecto del hecho; y no es así: comprobada la existencia de esos mecanismos mentales que dan origen al comportamiento, el derecho *reprocha* la rebeldía, el menosprecio o la indiferencia. La distinta magnitud del reproche motiva la elaboración de tipos dolosos, culposos y preterintencionales, y dentro de ellos las distintas escalas penales con que las conductas respectivas son conminadas.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

quier acto, y deberse a anormalidades psíquicas; con lo cual nos encontramos en el terreno de la inimputabilidad, que determina irresponsabilidad penal por incapacidad. Pero si el obstáculo se presenta en un caso concreto y existe capacidad, lo que queda excluido es la culpabilidad.

La imposibilidad de conducirse conforme a la norma opera sobre la psiquis del sujeto [25], enervando la posibilidad de decisiones libres, correctamente motivadas conforme al deseo de conducirse en el sentido que el derecho espera.

Esta libertad, que constituye la *conditio sine qua non* para la formulación del reproche y consiguiente aplicación de la pena, no existe cuando el entendimiento está viciado por error o cuando la voluntad está enervada por coacción.

El error y la coacción eliminan la culpabilidad. El primero produce ese efecto cuando es esencial e inculpable, porque si no reúne estas condiciones elimina el dolo, pero deja subsistente la culpa. Ambas causas de inculpabilidad operan en los hechos dolosos y en los culposos, aunque respecto de estos últimos, la particular manera en que están redactadas las figuras en nuestro Código produce la impresión de que la actuación por error o coacción hace desaparecer un requisito típico, como es la imprudencia, la negligencia, etcétera.

2º) *El error:*

El art. 34, inc. 1º del Código Penal declara que *no es punible* el que no haya podido en el momento del hecho *por error o ignorancia de hecho no imputable*, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Es importante la transcripción de la fórmula para meditar sobre las ca-

25 Ya que si el impedimento operara físicamente, determinando movimiento o inactividad no queridos, se trataría de un supuesto de falta de acción.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

racterísticas que debe reunir el error para que conduzca a la impunidad. El tema también requiere partir del análisis de qué se entiende gramaticalmente por error: error es sinónimo de equivocación, engaño, falla, aberración, desacierto, defecto. Quien se equivoca obra engañado sobre el verdadero sentido de su conducta; no acierta con lo que es correcto; se aparta de la normalidad, su acción es defectuosa, sin que el autor lo advierta. Todo ello implica ignorancia, aunque sea parcial, así como quien ignora incurre en error por esa causa. De allí la razón por la que la ley equipara la ignorancia al error, y la doctrina trata sólo acerca del error, incluyendo la ignorancia [26].

Se incurre en error por un defecto de la inteligencia, ya que no hay comprensión del sentido desviado del acto; pero también por un defecto de la voluntad, ya que esta aberración se produce por no haber puesto la atención debida, y no haber sido precavido antes de obrar. En cualquier circunstancia de la vida, aún desprovista de todo sentido jurídico, quien falla lo hace por falta de cuidado, por no haberse detenido a pensar sobre todas las consecuencias que pueden derivar de una acción. Si el resultado no deseado se produce más allá de toda posibilidad de previsión, debe atribuirse al azar, que está más allá de cualquier culpa humana.

El error no puede definirse sino negativamente: implica falta de verdad, de corrección. El juicio erróneo está falsamente construido, ya sea porque negamos a lo conocido sus cualidades o le atribuimos otras que no le pertenecen. Elaboramos así una relación que no es la correcta, que no se adecua a la realidad. El error es subjetivo porque la desviación se produce en el intelecto. Si excusa el acto ello se debe al reconocimiento de que las posibilidades humanas son limitadas (*errare humanum est*). Además, la posibilidad

[26] Reyes, Alfonso, *La culpabilidad*, p. 202.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

de error está ínsita en la naturaleza del hombre y en su actividad. Para no equivocarse el hombre no debería moverse, y si no se moviese no podría conocer, no integraría la especie, no obstante sus apariencias morfológicas [27]. Pero el error es posible, contingente o eventual, no necesario, porque depende de nuestra capacidad intelectual y del uso que de ella hagamos; de manera que, contando con un normal desarrollo cerebral y con salud mental, teniendo la posibilidad de ampliar el campo de los conocimientos y de las experiencias, y de usar todo ello adecuadamente, se nos puede exigir que no incurramos en error. De manera que no todos los errores se perdonan, sino aquellos excusables por la imperfecta naturaleza humana.

La existencia de una verdad determina, a su vez, que haya un error. Siendo el error indefinible en términos positivos, vive a expensas de la verdad, así como el mal se explica por el bien. En orden al comportamiento social, que determina la necesidad del derecho, la verdad no es una verdad absoluta, sino una verdad relativa, cuyo ser consiste en el comportamiento que lleva el sentido indicado por la norma.

El error es propio de la razón discursiva o del entendimiento que, al asimilarse activamente, con esfuerzo personal, configura la comprensión; y en este ámbito puede tener lugar el mal uso de nuestras facultades. Con los datos que la mente recibe, y que son objetivos —por lo cual no puede residir el error en ellos, ya que se trata de simples

[27] "Los movimientos voluntarios o reacciones motrices voluntarias determinan la efectividad de nuestra conducta ante el mundo. En efecto, una persona desprovista de todo movimiento sería tan inefectiva para sí misma y para la sociedad como cualquier objeto inanimado. Es más, hay quien sostiene que la vida mental sería imposible sin reacciones motrices: un niño que creciese —tal cual el rey Psamuritichus— inmovilizado absolutamente desde el momento de su nacimiento, no tendría, si aceptamos este criterio, el más leve asomo de vida psíquica (interna y externa)" (Mira y López, Emilio, *Manual de psicología jurídica*, p. 57).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

fuentes— se elaboran juicios que sí pueden ser erróneos, debido a que proceden de la interpretación que de los datos hacemos.

La causa de los errores puede ser diversa: procede de la inteligencia, la que a su vez obedece a las múltiples relaciones que determinan la actividad intelectual, dentro de la síntesis de nuestra vida anímica. Puede encontrarse en la pereza, en la distracción, en el cansancio, en la inexperiencia, en la precipitación, en el influjo de las emociones o de las pasiones, en la complejidad de las situaciones que se deben enfrentar, en el apuro con que se deben tomar algunas decisiones y, en fin, la causa puede estar en una variedad muy grande de motivos que afectan en general a todos, o en especial a cada individuo.

El derecho no tiene más remedio que contar con la imperfección humana [28], y consecuentemente, excusa la conducta guiada por el error, considerando que tal conducta no es culpable. Analizando la naturaleza del error, y viendo que frente a él no puede formularse un juicio de reproche, parece indudable que sus contrarios, el dolo y la culpa, participan del mismo carácter subjetivo, y tienen su ubicación metódica en la culpabilidad.

De todas maneras la ley dice sabiamente que quien obra por error no imputable *no es punible*, consecuentemente no comete delito, ni doloso ni culposo. De allí que sea acertado tratar el tema del error como excluyente de la culpabilidad en general; no como un factor que elimina solamente el dolo.

No es suficiente la existencia de error para que la acción resulte excusada, sino que es necesario que ese error haya reunido varios requisitos: la ley señala dos y la interpretación ha agregado otros. El art. 34, inc. 1º, Código Penal que hemos transcripto dice que el error debe existir

[28] *Plerumque etiam prudentissimos fallat* (L. 2, tit. 6, lib. 22, Digesto).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

en el momento del hecho y que debe haber impedido al autor *comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.*

Quiere decir que el error debe haber sido la causa de la conducta desviada, y el efecto debe haber consistido en privar al autor de la posibilidad de comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones.

También por prescripción legal, el error *no debe ser imputable* [29]. Quiere decir que el error, para excusar la conducta, debe ser a su vez excusado. No se admite el error que pudo ser evitado por el autor poniendo la debida diligencia. Tampoco aquel, naturalmente, cuya génesis es dolosa [30]. Vale decir que si el agente intencionalmente procuró conseguir un resultado antijurídico, no interesa que se haya equivocado con referencia al encadenamiento causal, sobre el objeto o sobre la persona respecto de los cuales su acción estaba dirigida (*aberratio ictus*, error *in objecto* y error *in personam*).

Si el error no imputable torna impune una conducta porque elimina la culpabilidad, el error imputable, es decir, atribuido a negligencia o imprudencia, elimina el dolo y deja subsistente la culpa. Conviene explicar un poco más detenidamente este efecto, pues la conclusión así expresada puede confundir. No se trata de un cambio en la forma o especie de culpabilidad. La culpabilidad de quien ha obrado es la misma desde su inicio; la interpretación, como es ob-

[29] Existe coincidencia con la ley civil, ya que el art. 929 dice: *"El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable"*. Este favor no puede concederse al que es culpable de una gran negligencia, dice la nota.

[30] Como en el *momento del hecho* el individuo no comprende la criminalidad del acto o no dirige sus acciones por error, para atrapar como delictuosa la conducta que se ejecuta por error imputable, debe recurrirse —como en el tema de la inimputabilidad— a la teoría de la *actio libera in causa.*

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

vio, no puede cambiarla. Lo que ocurre es que el intérprete advierte que la culpabilidad típica que corresponde a la acción no es la dolosa, sino la culposa. El que mata a un hombre por haber confundido un raticida con azúcar impalpable, no ha obrado con la intención de producir el deceso, y como el art. 79 del Código Penal requiere culpabilidad dolosa, no resulta aplicable. Sin embargo, la acción puede ser típica del homicidio culposo si ha obrado por imprudencia o negligencia. Resultará impune si el error no le es imputable, en el caso de que el contenido del envase haya sido cambiado subrepticiamente por un tercero.

Otra condición del error es que sea *esencial*. El Código Civil lo expresa implícitamente con expresiones que se aproximan notablemente a la forma en que se proyecta modificar el tema del error en el Código Penal, según el art. 21 del Proyecto de 1979. Dice el art. 930 del Código Civil: "*En los actos ilícitos la ignorancia o error de hecho sólo excluirá la responsabilidad de los agentes, si fuese sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito*".

Efectivamente, no cualquier error excusa, sino aquel que produce la consecuencia antes expuesta, de haber impedido comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones. El análisis de cada hecho en particular indicará la entidad del error y si realmente ha recaído sobre los elementos esenciales que hacen a esa comprensión, o si simplemente sobre los accesorios, que no influyen como para eliminar el entendimiento de que se está realizando una acción antisocial [31].

[31] El error excusante recae en la esencia del hecho, pudiendo suprimir toda culpabilidad. El error accidental, en cambio, afecta a circunstancias puramente fortuitas que no desvirtúan el propósito delictivo del agente, aun cuando cambie el sujeto pasivo del delito. (C2ª Penal Tucumán, mayo 2-973, "Molina Juan A.", *LL*, 153-401 (30.807-S).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

3º) *Error de hecho y de derecho:*

Este tema ha originado las más graves dificultades interpretativas, ya que por un lado el Código se refiere de manera expresa sólo al primero, y por el otro, siendo un principio básico de nuestro derecho penal que *no hay pena sin culpa*, resulta injusto dejar de admitir la excusa de quien obró por desconocimiento de la ley. Sin hacer una exposición extensa sobre el tema, que bien puede estudiarse en la abundante bibliografía existente, expondremos nuestro criterio sobre la base del siguiente resumen:

a) Es excusable el error que versa sobre los hechos esenciales [32], todos los cuales tienen significación jurídica. De manera que carece de trascendencia que ese valor jurídico se lo asigne la ley penal u otra norma proveniente del resto del ordenamiento [33]. *b*) No es atendible la excusa fundada en la ignorancia de la prohibición. Esto de *lege lata*, ya que una legislación futura puede disponer otra cosa e incorporar un texto como el propuesto por el Proyecto de 1979: "No es punible el que no hubiere comprendido la criminalidad del acto por ignorancia insuperable de la existencia de la ley penal transgredida" (primera parte) [34]. Se re-

[32] Errónea apreciación de un elemento constitutivo de la figura legal, dice el art. 21 del Proyecto de 1979, aproximándose al Código alemán que habla de quien *no conoce una circunstancia perteneciente al tipo legal* (par. 16, 1).

[33] "El conjunto de elementos de juicio examinados en el voto hace creíble que el acusado, frente a disposiciones del Código Civil, haya podido, de buena fe —y a lo sumo, por error de derecho extrapenal excusable en no fácil materia— considerar que su situación era la de un verdadero poseedor, más que la de quien sólo tiene un título a la posesión con la consiguiente facultad de demandarla (del voto del doctor Romero Victorica; CNCrim. y Correc., Sala IV, julio 31-970, "Cardinal, Haroldo N.", *LL*, 140-722).

[34] El Código alemán consigna el *error de prohibición* en el par. 17: "Faltándole al autor, en la comisión del hecho, la comprensión de lo injusto de su actuar, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Pudiendo el autor evitar el error, la pena podrá disminuirse conforme al par. 49, párrafo 1" (*son las causas legales de atenuación*).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

quiere mucho tino, porque están en juego valores fundamentales, como son la vigencia del ordenamiento jurídico, los deberes de los ciudadanos y la igualdad ante la ley; ya que si a alguno se le puede perdonar la ignorancia respecto de la prohibición, no se ve la razón última para ser más exigentes con los demás, salvo casos muy excepcionales [35].

Las eximentes putativas, como forma de error, también están receptadas en el art. 21 del Proyecto de 1979.

4º) *La coacción:*

No es punible (art. 34, Código Penal) por no ser culpable, quien obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente (inc. 2º) [36].

Coacción significa etimológicamente empujar, en el sentido de comprimir, presionar, de donde ha derivado en

[35] Existe una tendencia a atenuar el principio de la inexcusabilidad, en favor de individuos con notorio atraso intelectual o apartados de las vías de comunicación, o de miserable condición económica, a la manera del derecho romano (Orgaz, *La culpa*, p. 83). Por eso el Proyecto de 1960 disponía una medida de seguridad consistente en la internación en un establecimiento adecuado, "cuando la ignorancia de la ley sea tal que revele una personalidad peligrosa por su desvinculación del medio civilizado" (art. 22).

Se ha absuelto por error a quien, por su lugar de nacimiento y residencia permanente, no es ajeno al ámbito donde el "coqueo" es una costumbre arraigada y generalizada en un vasto sector de la población, lo cual —si bien no justifica el comportamiento del encausado, habida cuenta del carácter nacional de la disposición represiva— pudo contribuir a su engaño, desconocimiento o equivocada prohibición imperante, el que se torna insuperable, sin que a ello obste la cultura y título universitario que posee el procesado (CNCrim. Sala I, 26-10-79, "V.S.", "Zeus", 14/7/80).

[36] El Proyecto de 1979 cambia la fórmula: "No es punible el que obrare moralmente violentado por coacción de otro" (art. 22), y agrega como causa de inculpabilidad el estado de necesidad exculpante: "No es punible el que obrare moralmente violentado por la necesidad de evitar un mal inminente y particularmente grave para su persona o para la persona de alguien con la que está unido por estrechos vínculos de parentesco o afecto. Si el agente hubiera creado culposamente la situación de peligro, el hecho será reprimido con la pena fijada para el delito culposo".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

"emplear la fuerza, obligar, coaccionar" [37]. No está, entonces, equivocado el Código al tratar el tema de la coacción junto con el de la fuerza física irresistible, pues de ambas maneras la acción deja de ser libre y la responsabilidad se traslada al tercero, que antepuso su voluntad al que personalmente produjo el resultado. Es claro que las consecuencias son distintas, y por ello la doctrina ha separado ambos supuestos y determinado que la fuerza elimina la acción y la coacción excluye la culpabilidad.

El sentido del vocablo derivó hasta significar, en nuestra dogmática, el ejercicio de una violencia moral, que impide al coacto actuar libremente. Hay un sujeto que amenaza a otro, violentándolo moralmente, para que ejecute un acto típicamente antijurídico so pena de hacerlo víctima de un mal grave e inminente.

La coacción se ubica así en el mismo rango del error y elimina la culpabilidad, pues impide dirigir las acciones con libertad y en el sentido querido por la norma. A diferencia de la fuerza física irresistible, la coacción no elimina la acción como elemento del delito, sino que se ubica en la faz negativa de la culpabilidad. El coacto actúa, pero lo hace como lo exige quien lo presiona y no como él quisiera. El acto sigue siendo típicamente antijurídico, pero no culpable. Por ser antijurídico no puede equipararse la coacción al estado de necesidad. Cuando se menciona el *estado de necesidad exculpante*, se introduce una denominación que puede generar confusiones, ya que las consecuencias derivadas de una causa de justificación, y las provenientes de una causa de inculpabilidad, son distintas. Sería preferible usar la expresión *violencia moral*, aunque no resulte del todo precisa y requiera necesariamente una explicación acerca de su contenido y límites.

[37] Couture, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, p. 149.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La creación de esta institución se impone ante situaciones que no son de estado de necesidad, porque el mal que se causa no es inferior al que se evita (art. 34, inc. 3º), y no obstante, la inminencia del mal que se va a sufrir personalmente, o va a sufrir alguien que está unido al autor por lazos de parentesco o afecto, determina un comportamiento anímicamente inevitable. En este caso tampoco existe libertad de determinación, y el derecho no puede desentenderse de esa imposibilidad de obrar conforme a sus mandatos.

La inexistencia de una institución de este tipo en el Código de 1921 procuró ser salvada interpretando que las amenazas de que habla el inc. 2º pueden derivar también de fuerzas de la naturaleza [38], o sosteniéndose que existe una causa general de inculpabilidad, derivada de la "no exigibilidad de otra conducta", conforme a la concepción normativa de la culpabilidad.

Luego de haber adquirido difusión en nuestro país, fundamentalmente por obra de Jiménez de Asúa, la posibilidad de admisión de la *no exigibilidad de otra conducta*, ha perdido posteriormente predicamento, sobre todo por la oposición de los autores nacionales, que explican la materia partiendo de la ley positiva vigente. Por supuesto que el razonamiento que sostiene la teoría es sólido: no es humano exigir que un sujeto observe una conducta arreglada a derecho, si para ello debe soportar consecuencias muy graves o perjuicios inmerecidos. Pero la ley debe reglar estas situaciones, para que su invocación no posibilite de manera indiscriminada la exculpación de conductas antijurídicas [39]. Para resolver aspectos de este problema y ad-

[38] De la Rúa, ob. cit., p. 402; Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 122; Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 332.

[39] Aunque no con frecuencia, se dan pronunciamientos en que el fundamento de la absolución es una invocación, a veces no expresa, a la *no exigibilidad de otra conducta*. Según la información periodística, la Sala II

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mitir otras causas de inculpabilidad, el Proyecto de 1960 incluyó la solución del conflicto entre bienes iguales (art. 23) y el de 1979 el estado de necesidad exculpante, al que nos hemos referido.

Requisitos de la coacción:

La ley indica de qué manera debe operar la coacción para constituir una circunstancia excusante.

a) *"Quien obrare violentado"*. La expresión *actuar violentado* tiene un significado ambivalente, pues por un lado se refiere a la violencia ejercida por un tercero sobre el autor, y por el otro requiere que efectivamente esa violencia haya producido su efecto, eliminando la espontaneidad de la determinación. Se entiende que al coaccionado no se le puede formular reproche, cuando la violencia psíquica que sufre es de tal entidad que le impele a una actuación carente de libertad. La amenaza, en que consiste la violencia, está representada por el anticipo del acaecimiento de un mal. Si la degracia, el daño, el perjuicio, el tormento, el dolor, ya han tenido lugar, el autor no podrá esgrimir esta causa de inculpabilidad, salvo que ese mal ya sufrido no sea otra cosa que el anticipo de padecimientos futuros, si no cumple con la orden que con tal violencia se le imparte. Es notorio que la coacción obra psicológicamente, a diferencia de la fuerza física irresistible (*vis absoluta*), que opera sobre el cuerpo del que es forzado a obrar de esa manera.

---

de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el sobreseimiento definitivo en un caso de presunta violación de los deberes de funcionario público, argumentando que "a los efectos de la exclusión del dolo no puede dejarse de contemplar la imposibilidad de exigir al imputado una conducta diferente de la asumida por él en las circunstancias particulares que se hallaba al momento de decidir cada una de las cuestiones sobre las cuales debió pronunciarse" (Diario "La Nación", Buenos Aires, 25/9/80).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

b) *"Por amenazas"*. Las amenazas, para ser tales, deben constituir la seria prevención de que, de no seguir la conducta deseada por quien formula la advertencia, se seguirá el mal grave de que habla la ley. No constituye amenaza, pues, la simple insinuación de la posibilidad de tomar represalias. Tampoco se produce la coacción cuando el agente *imagina* una reacción desfavorable por conocer el carácter y la forma de actuar de quien desea una determinada obra por parte del agente. La amenaza debe ser una conminación perentoria y sin alternativas (salvo la de sufrir realmente el mal que se le promete), hecha por quien tiene realmente la posibilidad de producir daño.

c) *"De sufrir"*. Este sufrimiento es personal; vale decir que quien va a sufrir es el coacto. Ello no quita que sufra porque se le amenaza con producir daño a un tercero. Justamente una de las formas de coacción más usuales sobre individuos generosos y sensibles —y a la vez valientes— es conminarlos a obrar bajo amenazas de causar un daño, no sobre su cuerpo, su salud o sus bienes, sino sobre sus familiares, amigos o extraños cuyo padecer le resulta —al coacto— imposible de soportar [40].

d) *"Un mal grave e inminente"*. Estas características se explican por sí mismas. No toda amenaza de soportar un mal violenta el ánimo hasta tal punto que le impide optar por el acaecimiento del daño, en lugar de ejecutar el acto ilícito. Además, el perjuicio debe ser tan próximo en el tiempo como para seguir de inmediato al incumplimiento de la orden. Si la amenaza es de un mal que puede acontecer en un futuro más o menos lejano, seguramente no producirá la conmoción anímica, que es propia de la coacción.

[40] La nota a los arts. 936, 937 y 938 del Código Civil es plenamente aprovechable, como magnífica exposición del punto.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Por otra parte, la inminencia del mal no está dada en una relación puramente temporal, sino que significa la certeza de que el daño efectivamente se producirá. De lo contrario, si la amenaza no es creíble para el coaccionado, éste no podrá exculparse por el acto ilícito cometido.

Como es natural, la apreciación de si el sujeto pasivo de la amenaza merece ser exculpado dependerá de sus condiciones personales: es más fácil obtener el acto deseado de un pusilánime que de un valiente; de un sensitivo que de un insensible; de alguien debilitado por la enfermedad, que de aquel que se halla en la plenitud de sus aptitudes físicas y psíquicas [41]. El art. 938 del Código Civil, refiriéndose a la intimidación, dice que no afectará la validez de los actos *"sino cuando por la condición de la persona, su carácter, habitudes o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión"*.

§ 49. CONSECUENCIAS CIVILES

Analizaremos las consecuencias civiles de los actos cometidos bajo la influencia de las dos causas de inculpabilidad que la ley positiva contempla: el error y la coacción, y luego formularemos algunas observaciones acerca del tema referido a la culpa civil y a la culpa penal.

Antes de entrar en la materia es preciso advertir que así como creemos que es criticable el sistema regla-excepción en la materia de la antijuridicidad (aunque no se lo

[41] "Para que se configure la coacción es necesario: que tenga procedencia humana; que existan amenazas de sufrir un mal grave e inminente y que aquéllas sean serias; que provoquen miedo insuperable en la persona que las sufre; además de tener en cuenta la importancia del bien amenazado y la gravedad de la infracción impuesta" (CApel., Villa Dolores, abril 11-969-I, "L.E." *Rep. LL*, XXX, 157, sum. 2DPyC. 970-2-282).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

formule en forma expresa y se deduzca de los aportes de la interpretación, tanto doctrinaria como jurisprudencial), también en el tema de la culpabilidad es preciso, antes de indagar sobre la excepción, conocer si se dan positivamente las circunstancias que permitan afirmar la existencia de culpabilidad. Con mayor razón si se aprueba una reforma, como la propuesta en 1979, que contenga definiciones de dolo y culpa. No desconocemos, y hemos advertido en otra parte de este trabajo, la posibilidad de que por esa vía se extiendan indebidamente las hipótesis de excusa. Es difícil que ello ocurra en materia de delitos dolosos, pues salvo casos muy excepcionales, la inculpabilidad estará dada sólo por la existencia de error o coacción. Y en cuanto a los delitos culposos, la especial forma en que están estructurados en nuestra legislación permitirá interpretar que imprudencia, negligencia, etc., son requisitos típicos. No reuniéndose ellos, la absolución vendrá por esa vía y no por las causales generales de error y coacción, que también —por supuesto— se pueden producir [42].

1º) *Error:*

Cuando el autor no es punible por haber obrado sobre la base de un error de las características que hemos indicado, no existe tampoco —en principio— responsabilidad civil. Ello es así porque el error, que elimina la culpabilidad, torna el acto involuntario, en los términos del art. 907

[42] Las hipótesis de error son las más frecuentes: v. gr., la enfermera que inyecta una dosis letal, siguiendo la incorrecta indicación del médico. La coacción puede operar como causa de inculpabilidad en un delito culposo, por ejemplo, cuando un asaltante detiene a un automovilista y lo obliga a conducir a elevada velocidad para huir, y en esas circunstancias embiste y hiere a un peatón.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

del Código Civil [43]. La consecuencia es la que fija el mismo artículo: responderá el autor con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció, y en tanto y en cuanto se hubiese enriquecido. También los jueces podrán acordar un resarcimiento fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

No se excluye la responsabilidad de quien hubiese inducido en error al autor del hecho. Esa responsabilidad puede ser, incluso, de naturaleza penal si se puede considerar el caso como de *autoría mediata* [44].

2º) *Coacción:*

Las *"amenazas de sufrir un mal grave e inminente"* (art. 34, inc. 2º, Código Penal) determinan la inculpabilidad del autor. Como el acto es involuntario, por no ser libre (art. 922) no produce por sí obligación alguna, como dice el art. 900, Código Civil [45]. Es, asimismo, aplicable el art. 907 respecto del autor del acto [46], y la responsabilidad penal —por autoría mediata— y la civil se desplazan hacia quien ejerció la coacción (art. 943, Código Civil), quien responde también de los daños sufridos por la parte violentada (art. 942, Código Civil). En materia penal el autor

[43] Sobre el punto, cfr. Palmero, *El daño involuntario*, p. 50 y ss. Llambías, *Código Civil anotado*, t. II-B, p. 18 y ss.; Alterini, *Responsabilidad civil*, p. 84; Orgaz, *La culpa*, p. 74 y ss.; Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 353.

[44] El art. 29 del Proyecto de reformas al Código Penal presentado en 1979 define al autor como quien *"ejecutare el hecho por sí* o sirviéndose de una persona *inimputable*, no culpable *o no punible por circunstancias personales..."*.

[45] La intimidación afecta la validez de los hechos conforme al art. 941 del Código Civil.

[46] Orgaz, *La culpa*, p. 95 y ss.; en el art. 907 quedan comprendidos todos los sujetos que hubieren obrado sin una sana voluntad, Anteo Ramella, *Responsabilidad por los actos involuntarios*, "Juris", t. 33, sec. doctrina, p. 194.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mediato responde por el delito cometido, en concurso ideal con el de amenazas (art. 149 *bis*).

§ 50. CULPA CIVIL Y CULPA PENAL

Una tradicional discusión enfrenta a los partidarios de la concepción unitaria de la culpa, con aquellos que argumentan que son distintas la culpa civil y la culpa penal. Pensamos que la oposición es falsa y todo se debe al uso de conceptos que no son idénticos. Pero antes de exponer nuestro propio punto de vista deberemos ir desbrozando el camino, para tratar de llegar al meollo del asunto.

En primer lugar, hay que advertir que las dificultades se presentan en torno a los delitos culposos, meditando sobre si es posible que el juez civil encuentre culpa en un hecho en que la ha descartado el juez penal [47]. No ocurre lo mismo con los delitos dolosos, pues en éstos se presenta más nítida la separación entre tipicidad y culpabilidad, de manera que —eliminada la segunda por el error o la coacción— no existen dudas respecto de la aplicabilidad de los principios civiles que hemos enunciado en su momento. En los delitos culposos, y en el modo en que están configurados en nuestra legislación, la ausencia de imprudencia,

[47] Cfr. la ponencia del doctor Nelson Ramón Pessoa a las VII Jornadas Nacionales de Derecho Penal celebradas en Resistencia en 1979. El trabajo, que lleva como título *Relaciones entre el delito culposo y el cuasidelito. Problemas de las relaciones entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil*, contiene las siguientes conclusiones: 1º) El concepto de culpa penal y culpa civil es el mismo, y éste consiste en la infracción al deber de cuidado en el ámbito de relación (Welzel); 2º) No existen remanentes de culpa, solamente remanentes de responsabilidad; 3º) En consecuencia, al interrogante que nos hemos propuesto como tema central de reflexión de este trabajo, respondemos así: Al decretarse la absolución del imputado por un delito culposo por ausencia de culpa en sede penal, no puede el juez civil decretar la existencia de culpa en sede civil, o sea imponer la sanción de reparar daños emergentes de la fuente obligacional hecho ilícito cuasidelito".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

negligencia, inobservancia de los reglamentos, etc. elimina la tipicidad, pero esas expresiones son al mismo tiempo un anticipo de la culpabilidad. Aparte de ello, la relativa indeterminación de la conducta (ya que el delito se configura por la causación del resultado) ha llevado a pensar que las figuras culposas constituyen *tipos abiertos*, lo que también repercute en la responsabilidad civil, pues es válido pensar que una determinada conducta no se subsume en el tipo, pero de todas maneras significa una violación del deber de obrar con prudencia en el ámbito de las relaciones patrimoniales.

En segundo lugar, hay que advertir que el enfrentamiento no se da en el terreno de la *ilicitud*; no hay una ilicitud penal y una ilicitud civil distintas; sostener lo contrario implica desconocer la unidad del ordenamiento jurídico [48].

Tampoco se deben buscar las diferencias acudiendo a las distintas *finalidades* del derecho civil y del derecho penal.

Dijimos al principio que los conceptos que se usan no son idénticos. Efectivamente: en materia penal, como hemos visto, está claramente afirmada la existencia de la culpabilidad, como situación psíquica del autor respecto de su acto, que motiva el reproche jurídico, y que tiene como formas o especies al dolo y a la culpa. En cambio, la *culpa* de que hablan los arts. 1109 y 1102 del Código Civil, *no es la misma culpa penal*. En todo caso es culpabilidad, pero no culpa. La demostración se obtiene del propio artículo, cuando en su parte final dice: "*Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos*

[48] "La posibilidad de que la culpa pueda serle atribuida en sede civil a quien hubiera obtenido una sentencia absolutoria en sede penal radica esencialmente en la diferencia existente entre los actos ilícitos civiles y los ilícitos penales". (SC Buenos Aires, 26-6-79, "Arduino, Enrique y otros c. Berlanga, Germán y otros", *LL*, 15-1-80).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

del derecho civil". Quiere decir que la norma abarca a los *cuasidelitos* (delitos culposos) y a los delitos del derecho civil, que son delitos dolosos, como resulta de los arts. 1073 y ss. de conformidad con la regla general establecida por el art. 1072 ("*El acto ilícito ejecutado* a sabiendas *y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código 'delito'* ")[49].

Es evidente que la actitud psíquica respecto de un hecho no puede diferir y ser considerada de manera diferente en derecho penal y en derecho civil, pero sí puede acontecer —y ello es jurídicamente inobjetable— que el juez penal considere que no se han dado los requisitos típicos de una acción, para ser considerada antijurídica y culpable (por no haber existido imprudencia, negligencia, etc.) y por ende no ser punible. Puede ser que el juez penal interprete con esos elementos que no se han reunido las condiciones necesarias para la imposición de *pena*, dada la gravedad represiva y retributiva de esta sanción. Y sin embargo, ese mismo juez o el juez civil que entienda en la causa por indemnización pueden considerar que esa

[49] La nota al artículo explica perfectamente la diferencia entre delito de derecho civil y delito de derecho criminal. El art. 1109 tiene fuentes romanas indiscutibles, no sólo por lo que se menciona en la cita, sino porque en el primitivo derecho romano no existía un principio general de responsabilidad sino casos previstos concretamente y poco numerosos, a los que se dotaba de una acción particular. La ley Aquilia significó la consagración general de la responsabilidad por culpa, además de la responsabilidad refleja. Esa culpa no se identificaba con el dolo exclusivamente, o sea con el daño intencional, sino que bastaba la negligencia en el obrar. La evolución en Roma fue paulatina, y la propia ley Aquilia no se aplicó a toda clase de daño, pero sirvió de base para las extensiones de la jurisprudencia (Eugene Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, p. 590). Mosset Iturraspe considera, por el contrario, que el *leiv motiv* del régimen romano de reparación de los daños no es la falta o culpa, sino un justo reparto de los bienes entre las familias, la defensa de un equilibrio justo *suum cuique tribuere*. Es en el derecho civil moderno —agrega— en particular a partir de la Escuela del Derecho Natural y de las concepciones de Kant, que la falta o culpa se vuelve causa exclusiva de la responsabilidad (*Decisión del juez penal sobre la responsabilidad civil sin culpa; los arts. 1096, Código Civil, 29, Código Penal y la tesis procesalista*, LL, 19-10-79).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

acción ha sido lesiva de intereses económicos, que deben ser restaurados.

Interpretando de esa manera la situación: absolución por falta de tipicidad e indemnización por los daños que la acción atípica ha causado, la solución se torna coherente [50] y respeta tanto los principios dogmáticos de la teoría del delito, como las consecuencias —también dogmáticas— de la teoría de la responsabilidad civil. Por supuesto que quedan fuera de la cuestión todos los casos en los cuales la fuente de la obligación extracontractual es otra: riesgo creado [51], responsabilidad refleja, etcétera.

Conviene puntualizar algunos aspectos de esta controvertida cuestión:

a) No existe contradicción, o si la hay es puramente lingüística, cuando el juez penal absuelve por considerar que no fue imprudente el autor del hecho, y el juez civil condena a indemnizar invocando el art. 1109 del Código Civil, pues si bien éste se refiere a culpa o imprudencia, estas palabras deben ser entendidas como obligación de garantizar el patrimonio ajeno ante la violación de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902) [52].

b) Las diferencias no existen entre culpa civil y culpa penal desde el punto de vista de la distinta gravedad [53], la que en todo caso se debería tener en cuenta para la graduación de la pena, pero no cambia la responsabilidad civil [54].

[50] Véase el capítulo sobre consecuencias civiles de la atipicidad penal.

[51] Una exposición del tema y de la concepción de Saleilles, en Castejón, *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*, p. 70 y ss.

[52] Esto salvaría las objeciones de Pessoa, en el trabajo ya citado.

[53] Sobre las graduaciones de la culpa, Carrara, *Programa*, Parte especial, vol. I, par. 1096.

[54] "Cuando se trata de accidentes causados por automotores, la más leve culpa basta para que surja la responsabilidad del agente" (CNCiv., Sala F, 6-12-77, "Castro, Roca A. c. Akerman, Eduardo", *LL*, 21-7-78).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

c) Salvo que se pueda demostrar la existencia de responsabilidad civil, no obstante la absolución penal por ausencia de culpabilidad típica, el análisis que conduzca a esta decisión determinará también la repulsa de la acción civil resarcitoria [55].

d) Es incorrecto y anticientífico, sostener que el examen de la culpa en el proceso penal no es exhaustivo, como cuando se argumenta que si no existe una culpa muy evidente, la justicia penal debe absolver, correspondiéndole al juez civil extraer consecuencias que, si bien no alcanzan para una condena penal, posibilitan la atribución de responsabilidad civil [56].

e) No se puede hablar de un *remanente de responsabilidad*, que obliga a indemnizar [57]; en todo caso las responsabilidades son distintas.

f) La sentencia que condena a la reparación del daño

[55] "Si lo investigado en la sede represiva correccional ha tenido para uno de los demandados la consecuencia final de la absolución, por estimarse comprobado (aun existiendo el hecho) que su conducta y obrar se ajustó en la emergencia accidental a las reglamentaciones a su cargo, de donde resulta improbado su obrar imperito, negligente o violatorio de los reglamentos a su cargo, habrá naturalmente que concluir, para ser consecuente con las consideraciones precedentes, que se ha desvanecido con ello la posibilidad de que el mismo obrar en ocasión de la ocurrencia de los mismos hechos, constituya un delito civil o cuasidelito, cuya punibilidad también depende de la verificación o acreditación de las mismas omisiones o transgresiones desechadas en la sentencia absolutoria de la sede correccional" (del voto en disidencia del doctor Salgado) (CApel. Civ. y Com. Santa Fe, Sala 2ª, 19-4-79, "Brach, Jorge J. y Brach, Roberto c/Levato, Miguel Ángel s/daños y perjuicios", "Juris", 16-7-80).

[56] Se refiere al tema Galli, *Culpa civil y culpa penal*, p. 261, y dice que: "La cosa juzgada no puede convertir en verdad hasta las cosas falsas. Una sentencia penal absolutoria no proclama como verdad la inocencia del acusado, sino la insuficiencia de pruebas para someterlo a castigo". "Si la justicia penal se desprestigia, el único problema admisible es el de investigar las causas y eliminar los factores que perturban. No ha de ser el de abatir la investigación y el retacear la potestad de otros tribunales".

[57] Menciona la expresión, Soler, *Derecho penal argentino*, t. II, p. 139.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

puede fundarse en otras "culpas", que en principio [58] son puramente civiles, como la inobservancia de la obligación de vigilar (*culpa in vigilando*), que crea un sistema autónomo de presunciones. Lo mismo ocurre en los casos de inobservancia de la obligación de elegir bien (*culpa in eligendo*), en los que la absolución penal puede pronunciarse por ausencia de culpa, y no obstante la responsabilidad civil derivarse de lo previsto por los arts. 1113, 1118, 1119 y 1122.

g) Por aplicación del sistema de presunciones de culpa, que sólo funciona en el derecho civil y no en el penal, puede ocurrir que la absolución pronunciada por el juez penal por ausencia de culpa en el imputado, determine no obstante una condena civil por falta de prueba acerca de la culpa de la víctima, en los daños causados con las cosas (art. 1113, Código Civil).

h) La responsabilidad civil puede derivarse de una imposición de la ley ajena a la culpabilidad, como cuando se absuelve al empleador, por no considerárselo culpable de homicidio o lesiones culposos, y se lo condena a indemnizar conforme a la disposición de la ley de accidentes de trabajo 9688.

i) Puede absolverse a un médico por no encontrársele lo culpable de los mismos delitos, y no obstante exigírsele

[58] Decimos *en principio*, porque se han dictado fallos penales que, en sustancia, implican el castigo penal de la culpa *in vigilando*, lo que —a nuestro juicio— puede significar una violación del principio de legalidad. Así se condenó por homicidio culposo, y como autor mediato del mismo, al padre que cedió a su hija menor la conducción del automóvil, con el que causó el accidente fatal, con el voto en disidencia del doctor Farga, quien dijo que el acusado debía responder con su patrimonio por las consecuencias civiles que deriven del hecho ocasionado por su hija (art. 1114, Código Civil), pero que el hecho no le era penalmente reprochable (CN. Crim. y Correc., Sala 4ª, 10-2-78, "Pavón, Pablo". *Selección de Jurisprudencia Penal*, t. 3, p. 140).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

responsabilidad civil derivada del contrato de asistencia [59].

j) En los casos de daños ocasionados por un animal feroz, la ley civil impone responsabilidades ajenas a la culpa (art. 1129, Código Civil).

k) Conviene recordar, aunque el tema sea ajeno a la responsabilidad derivada del delito (art. 1107, Código Civil), que la culpa y consiguiente obligación de indemnizar pueden derivar del incumplimiento contractual.

l) También por vía de exclusión, hay que insistir en que la cuestión de la *culpa civil y culpa penal*, no se plantea cuando lo que está en discusión es la inexistencia de otros elementos del delito, como señalamos en este trabajo [60].

[59] Sobre los deberes propios de la profesión médica, el fallo de la CApel, CC San Martín, Sala I, setiembre 28-979, "S.J.A. y otra c. T.L.M. y otro", con nota de Jorge Bustamante Alsina *Responsabilidad civil del médico por omisión de asistencia*", *LL*, 12-2-80).

[60] Véase sobre el tema, en general, Creus, *Influencias*, segunda edición, p. 163 y Mosset Iturraspe, art. cit. *Decisión del juez penal*, en *LL*, 19-10-79.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Capítulo VI

LA PUNIBILIDAD

§ 51. La punibilidad y su ausencia

La consecuencia general de la comisión de una acción típicamente antijurídica y culpable, es la aplicación de una pena. La punibilidad es la posibilidad de aplicar pena en un caso concreto, que puede estar excluida por circunstancias de distinto carácter. En primer lugar deberemos referirnos a características del hecho, ajenas a la acción del sujeto por lo que se subraya la sustancia *objetiva* de las mismas, cuya presencia es condición para la punibilidad, por lo que se las llama *condiciones objetivas de punibilidad.*

1º) *Condiciones objetivas de punibilidad:*

La naturaleza de las condiciones objetivas de punibilidad es controvertida, pero es indudable que estando contempladas en las distintas figuras, se trata de elementos típicos, aunque de carácter objetivo, de manera que no

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

se vinculan con la antijuridicidad ni con la culpabilidad [1], y sólo hacen a la aplicación de la pena. Son tales la consumación o tentativa del suicidio en el delito de instigación al suicidio (art. 83, Código Penal) y otras situaciones en las cuales no está en cuestión la punibilidad en sí sino el tipo o gravedad de la pena [2], como la realización del duelo (arts. 99 y 100, Código Penal), la declaración de guerra (art. 219, Código Penal), la producción de la rebelión o sedición (art. 234, Código Penal) [3]. La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad produce las consecuencias de la atipicidad relativa, que ya hemos analizado, y deja subsistente la responsabilidad civil si el hecho es de todas maneras ilícito y ha producido daño, como también hemos visto oportunamente.

2º) *Excusas absolutorias:*

Existen otras circunstancias que determinan que un hecho típico, antijurídico y culpable no sea —sin embargo— punible. Esto puede acontecer por motivos vinculados con el ejercicio de la acción penal, o por la existencia

[1] La independencia de estas condiciones respecto de la culpabilidad del autor, hace que el error del sujeto sobre una condición objetiva no sea un error esencial (Soler, *Derecho penal argentino*, t. II, p. 200). Zaffaroni, por el contrario, estima que esas condiciones objetivas de punibilidad son elementos del tipo objetivo que, como tales, deben ser abarcados por el conocimiento (dolo), o por la posibilidad del conocimiento (culpa) (*Manual*, p. 569).

[2] Lo que demuestra que se trata de problemas de adecuación típica, que hacen a la punibilidad; además son situaciones similares a las que plantean los delitos calificados por el resultado.

[3] Soler incluye también el aviso bancario o cualquier forma documentada de interpelación para el delito del art. 302, inc. 1º, pero es evidente que éste es un delito de acción doble, y que si bien el aviso es una acción proveniente de un tercero y ajena por tanto al autor, el delito queda configurado con la omisión de pago luego del aviso; de manera que si bien se ha introducido un elemento objetivo, la punibilidad no depende de él, sino de la inactividad posterior del librador.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

de *excusas absolutorias*. Nos referiremos en primer lugar a éstas, porque han sido consideradas —en la concepción de algún autor— como la faz negativa del mismo problema que, positivamente, representan las condiciones objetivas de punibilidad. Sin embargo, la relación no es estrecha, porque si bien la ausencia de las condiciones objetivas y la presencia de las excusas absolutorias conducen al mismo resultado de impunidad, las excusas absolutorias no son siempre elementos o circunstancias del tipo penal. Enervan la punibilidad, pero no afectan a la acción, que en algunos casos sigue siendo típicamente antijurídica y culpable. En otros la cuestión está vinculada al tipo, y es posible pensar que la ley ha excluido expresamente de la adecuación conductas que de otra manera estarían incriminadas. Así ocurre con el desistimiento en la tentativa (art. 43), con la impunidad de la tentativa de aborto para la mujer (art. 88), la impunidad de las ofensas en juicio (art. 115) o recíprocas (art. 116); la exención de responsabilidad penal para ciertos delitos contra la propiedad cometidos contra parientes cercanos (art. 185); la exención de pena para los partícipes en conspiración para la traición, en los supuestos del art. 218; la exención de pena del encubrimiento, prevista en el art. 279. La acción no pierde las características de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en los supuestos de retractación del culpable de injuria o calumnia (art. 117) o de casamiento con la ofendida en los delitos contra la honestidad (art. 132).

Resulta muy difícil sistematizar las distintas excusas absolutorias, porque obedecen a finalidades distintas; aunque la nota común es la utilidad. El legislador estima útil, necesario o conveniente dejar sin pena un hecho de tales características, aun siendo antijurídico y existiendo culpabilidad en su autor. Por serlo, la generalidad de ellos

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

acarrea responsabilidad civil, y así la ley lo dice expresamente, por ejemplo, en el art. 185 del Código Penal.

3º) *Presupuestos procesales y causas de extinción de la acción:*

Vinculados al tema de la punibilidad, aunque sin una conexión directa con la responsabilidad civil, que nos interesa, también existen *presupuestos procesales* cuya concurrencia es necesaria para que se pueda aplicar pena. Ellos consisten en la declaración de divorcio por causa de adulterio, previa al inicio de la acción penal (art. 74, Código Penal) y la declaración en quiebra del comerciante, conminado por el art. 176 Código Penal.

La punibilidad queda excluida también cuando se extingue la pretensión punitiva. Nos interesan expresamente, por su vinculación con la responsabilidad civil, las *causas de extinción de la acción*. Todas las características negativas que hemos enunciado precedentemente, tanto del delito como del autor y las externas que la ley contempla, determinan la imposibilidad de aplicar pena. Nunca existió la posibilidad de aplicarla. En cambio las causas de extinción de la pretensión punitiva (que comprende asimismo la posibilidad de hacer ejecutar un pronunciamiento, de lo que no nos ocuparemos) destruyen una posibilidad preexistente [4].

a) *Muerte del imputado* (art. 59, inc. 1º): Produce la extinción de la acción penal, pero no tiene influencia sobre la responsabilidad civil, que puede hacerse efectiva sobre los bienes del autor del daño, según las reglas del Código Civil y conforme al art. 70 del Código Penal. El

[4] Soler, *Derecho penal argentino*, t. II, p. 448.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

art. 1098 del Código Civil dice: *"La acción por las pérdidas e intereses que nace de un delito, puede deducirse contra los sucesores universales de los autores y cómplices, observándose, sin embargo, lo que las leyes disponen sobre la aceptación de las herencias con beneficio de inventario"*.

b) *Amnistía* (art. 59, inc. 2º, Código Penal): elimina la posibilidad de perseguir el hecho a los efectos de la aplicación de la pena, pero no hace desaparecer su ilicitud, por lo que deja subsistente la responsabilidad civil, como lo dice expresamente el art. 61 del Código Penal: *"La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos*, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares".

c) *Prescripción de la acción:* produce la extinción de la acción (art. 59, inc. 3º, Código Penal), pero no tiene influencia sobre la pretensión resarcitoria, salvo que ella también haya prescripto (art. 4037, Código Civil).

d) *Renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada* (art. 59, inc. 4º, Código Penal): produce la extinción de la acción penal, y tiene el mismo efecto sobre la responsabilidad civil con los alcances del art. 1100 del Código Civil [5-6].

[5] Se trata de una aplicación de los principios generales de los arts. 868 a 875 del Código Civil.

[6] También extingue la acción penal la muerte del cónyuge ofendido por el delito de adulterio (art. 74, Código Penal), lo que no incluimos en el texto por no estar directamente vinculado con la responsabilidad civil.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

BIBLIOGRAFIA

Altavilla, Enrico, *La culpa*, Temis, Bs. As., 1956.

Alterini, Atilio A., Responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979.

Argibay Molina, José; Damianovich, Laura; Moras Mom, Jorge y Vergara, Esteban, *Derecho penal*, Parte general, Ediar, Bs. As., 1972.

Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, Astrea, Bs. As., 1974.

— *Tipo y error*, Coop. de Derecho, Bs. As., 1973.

— *La noción de autor en el Código Penal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965.

Barbetto, Ruperto, *El delito culposo*, Universidad de Salamanca, 1975.

Bauman, Jürgen, *Derecho penal*, Depalma, Bs. As., 1973.

— *Casos penales y soluciones, Parte general*, Panedille, Bs. As., 1971.

Beling, Ernest von, *Esquema de derecho penal, La doctrina del delito-tipo*, Depalma, Bs. As., 1944.

Bettiol, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Bosch, Barcelona, 1977.

Boffi Boggero, Luis M., *Esquema de la ilicitud que genera indemnizabilidad*, Coop. de Derecho, Bs. As., 1973.

Brebbia, Roberto H., *El daño moral*, Bs. As., 1950.

— *La relación de causalidad en derecho civil*, "Juris", Rosario, s/d.

Briguglio, Marcello, *El estado de necesidad en el derecho civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Caballero, José Severo, *El consentimiento del ofendido (o del interesado) en el derecho penal argentino*, Córdoba, 1967.

Cabello, Vicente P., *Psiquiatría forense en el derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1981.

Cardini, Eugenio O., *Estado de necesidad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967.

Carnelutti, Francesco, *El delito*, E.J.E.A., Bs. As., 1952.

Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, Temis, Bs. As., 1977.

— *Opúsculos de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1976.

Carranza, Jorge A., *El dolo en el derecho civil y comercial*, Astrea. Bs. As., 1973.

Castejón y Martínez de Arizala, Federico, *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1949.

Colombo, Leonardo A., *Culpa aquiliana*, La Ley, Bs. As., 1944.

Córdoba Roda, Juan, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Ariel, Barcelona, 1963.

Cousiño Mac Iver, Luis, *Derecho penal chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1975.

Couture, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Depalma, Bs. As., 1976.

Creus, Carlos, *Influencias del proceso penal sobre el proceso civil*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1977.

— *Sinopsis de derecho penal*, Zeus, Rosario, 1974.

Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1943.

De la Rúa, Jorge, *Código Penal argentino*, Parte general, Lerner, Bs. As., 1972.

Del Rosal, Juan, *Cosas de derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1973.

Dohna, Alexander Graf Zu, *La estructura de la teoría del delito*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1958.

Ferri, Enrique, *Principios de derecho criminal*, Reus, Madrid, 1933.

— *Sociología criminal*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/d.

Florián, Eugenio, *Parte general del derecho penal*, La Habana, 1929.

Fontán Balestra, Carlos, *El elemento subjetivo del delito*, Depalma, Bs. As., 1957.

— *Tratado de derecho penal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1970.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Fréjaville, M. y Soyer, J. C., *Manuel de droit criminel*, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1960.

Frías Caballero, Jorge, *El proceso ejecutivo del delito*, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1956.

— *Temas de derecho penal*, La Ley, Bs. As., 1970.

Gallas, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Bosch, Barcelona, 1959.

Galli, Enrique V., *Culpa civil y culpa penal*, La Plata, 1937.

Gallo, Marcello, *La teoría dell'azione "finalística"*, Giuffré, Milán, 1967.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979.

Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Depalma, Bs. As., 1943.

Goldstein, Raúl, *La culpabilidad normativa*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1960.

Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Cía. Arg. de Editores, Bs. As., 1939.

González Roura, Octavio, *Derecho penal*, Valerio Abeledo, Bs. As., 1972.

Gualtieri, Umberto, *La parte civile nel processo penale*, Ed. Jovene, Nápoles, 1968.

Guarnieri, José, *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, Cajica, Puebla, 1952.

Herrera, Lucio E., *El error en materia penal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1971.

Jescheck, Hans-Heinrich, *Reforma del derecho penal en Alemania*, Parte General, Depalma, 1976.

Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, Hermes, Bs. As., 1954.

— *Tratado de derecho penal*, Losada, Bs. As., 1957.

— *Problemas de derecho penal*, Univ. Nac. del Litoral, Santa Fe, 1931.

— *El Código penal argentino*, La Facultad, Bs. As., 1943.

Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas*, Depalma, Bs. As., 1977.

Landrove Díaz, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 1976.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Leonfanti, María L., *Derecho de necesidad*, Astrea, Bs. As., 1980.

Loudet, Osvaldo, *Qué es la locura*, Columba, Bs. As., 1958.

Luzón Peña, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1977.

Llambías, Jorge J., *Estudio de la reforma civil, ley 17.711*, Jurisprudencia Argentina, Bs. As., 1969.

— *Tratado de derecho civil*, Perrot, Bs. As., 1967.

— *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979.

Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, Temis, Bs. As., 1979.

Maier, Julio, *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Bs. As., 1980.

Malagarriga, Carlos, *Código Penal argentino*, Bs. As., 1927.

Malamud Gotti, Jaime, *La estructura penal de la culpa*, Coop. de Derecho, Bs. As., 1976.

— *Legítima defensa y estado de necesidad*, Coop. de Derecho, Bs. As., 1977.

Manzini, Vicenzo, *Tratado de derecho penal*, Ediar, Bs. As., 1948.

Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

Mazeaud, Henri y León, y Tunc, André, *Tratado de la responsabilidad civil*, E.J.E.A., Bs. As., 1977.

Medrano, Juan Manuel; Jiménez de Asúa, Luis y Peco, José, *Leyes penales comentadas*, Losada, Bs. As., 1946.

Merkel, A., *Derecho penal*, La España Moderna, Madrid, s.d.

Mezger, Edmund, *Derecho penal, Libro de estudio, Parte General*, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1958.

Molinario, Alfredo, *Derecho penal*, Ed. Revista Jurídica, Bs. As., 1937.

Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi, Bs. As., 1922.

Mira y López, Emilio, *Manual de psicología jurídica*, El Ateneo, Bs. As., 1954.

Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Bs. As., 1971.

Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Lerner, Bs. As., 1976.

— *Manual de derecho penal*, Lerner, Bs. As., 1977.

— *La culpabilidad en el Código Penal*, Depalma, Bs. As., 1946.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Obarrio, Manuel, *Curso de derecho penal*, Bs. As., 1884.
— *Curso de derecho penal*, Lajouane, Bs. As., 1902.
Oderigo, Mario A., *Código Penal anotado*, Depalma, Bs. As., 1957.
— *Votos y sentencias penales*, Valerio Abeledo, Bs. As., 1956.
Orgaz, Alfredo, *La culpa*, Lerner, Bs. As., 1970.
— *La ilicitud*, Lerner, Bs. As., 1974.
— *El daño resarcible*, Depalma, Bs. As., 1967.
Orgaz, Alfredo y Soler, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1963.
Pacheco, Joaquín D., *El Código Penal*, Madrid, 1848.
Palmero, Juan C., *El daño involuntario, indemnización de equidad*, Astrea, Bs. As., 1973.
Peco, José, *Proyecto de Código Penal*, La Plata, 1942.
Peña Cabrera, Raúl, *Derecho penal peruano*, Lima, 1977.
Pessagno, Rodolfo y Bernardi, Humberto, *Temas de historia penal*, Perrot, Bs. As., 1953.
Pessina, Enrique, *Elementos de derecho penal*, Reus, Madrid, 1936.
Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, Albatros, Bs. As., 1979.
Planiol, Marcel, *Traité elementaire de droit civil*, París, 1912.
Quintano Ripollés, Antonio, *Derecho penal de la culpa*, Bosch, Barcelona, 1958.
Radbruch, Gustavo, *Filosofía del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
Raffo de la Reta, J. C., *Código Penal argentino*, Bs. As., 1921.
Reyes, Alfonso, *Derecho penal*, Parte general, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1977.
— *La culpabilidad*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1977.
— *La tipicidad*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1976.
— *La antijuridicidad*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1977.
Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Tratado de derecho civil*, La Ley, Bs. As., 1979.
Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1969.
Rodríguez Devesa, José M., *Derecho penal español*, Parte General, Madrid, 1976.
Roura Moreno, Edgardo, H., *Derecho penal, parte especial*, Perrot, Bs. As., 1956.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976.
— *Teoría del tipo penal*, Depalma, Bs. As., 1979.

Rubianes, Carlos J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Depalma, Bs. As., 1965.

Salas, Acdeel E., *Código Civil anotado*, Depalma, Bs. As., 1972.

Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino, fuentes de las obligaciones*, 2ª ed. actualizada por Arturo Acuña Anzorena, t. IV, TEA, Bs. As., 1958.

Sauer, Guillermo, *Derecho penal*, Parte general, Bosch, Barcelona, 1956.

Schurmann Pacheco, Rodolfo, *El delito ultra o preterintencional*, Lerner, Bs. As., 1968.

Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora, Bs. As., 1976.
— *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Valerio Abeledo, Bs. As., 1929.

Spolansky, Norberto E., *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, Coop. de Derecho, Bs. As., 1976.

Stefani, G. y Lavasseur, G., *Droit penal général*, Dalloz, París, 1978.

Terán Lomas, Roberto A. M., *La teoría del autor*, Manes, Bs. As., 1968.
— *Derecho penal*, Parte General, Astrea, Bs. As., 1980.

Terragni, Marco Antonio, *Responsabilidad penal del ebrio*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1976.
— *Homicidio y lesiones culposos*, Hammurabi, Bs. As., 1979.

Tozzini, Carlos, *Dolo, error y eximentes putativas*, Depalma, Bs. As., 1964.

Valdovinos, Eduardo A., *Código Penal*, Ábaco, Bs. As., 1979.

Vázquez Rossi, Jorge, *La defensa penal*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1978.

Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, Reus, Madrid, 1926.

Welzel, Hans, *Derecho penal*, Parte General, Depalma, Bs. As., 1956.
— *Derecho penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

Wessels, Johanes, *Derecho penal, parte general*, Depalma, Bs. As., 1980.

Zaffaroni, Eugenio R., *Teoría del delito*, Ediar, Bs. As., 1973.
— *Manual de derecho penal*, Parte General, Ediar, Bs. As., 1977.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ÍNDICE ALFABÉTICO

(Los números remiten a parágrafos)

A

Aborto: 25, 51.
Absolución: 9, 12, 16, 20, 21, 30, 31, 38, 49.
Abuso
de autoridad: 20.
del derecho: 30, 32.
Accidentes de trabajo: 50.
Acción: 34.
acromática: 2.
civil: 21.
concepto provisional: 1.
causal: 2, 3, 13.
finalista: 2, 3, 4, 13, 18, 42.
e imputabilidad: 7.
elemento subjetivo, 2, 11, 13, 34.
esperada: 2.
falta de: 2, 7, 9, 13, 24, 48.
naturaleza: 11.
penal: 51.
y personalidad: 3.
Acontecimiento: 2, 10, 11.
"Actio in rem verso": 38.
"Actiones libera in causa": 36, 39, 48.
Acto
lícito: 13, 34.
ilícito: 1, 9, 23, 30, 39, 48.
Acusación: 14.
Adecuación social: 27.
Adulterio: 26.
Amenazas: 11, 49.
Alteración morbosa de las facultades: 35, 37, 38.
Amnesia: 38.
Amnistía: 51.
Analogía: 18, 20, 21, 30.
Animal: 50.
Animo: 19.
"Animus injuriandi": 19.
Antijuricidad: 9, 19, 21, 22, 23, 30, 31, 34, 40.
contenido del juicio de: 22.
derecho penal y derecho civil: 22.
formal, sustancial y material: 24.
Ascendientes: 19.
Autoayuda: 25.
Autor o delincuente: 9, 12, 15, 34, 35.
Autoría: 11, 15, 51.
mediata: 11, 16, 17, 38, 49.
Autoridad: 16.

B

Bienes jurídicos: 18, 19, 23, 24, 27, 30, 44, 46.
Buenas costumbres: 23, 30.
Buena fe: 30.
Buque: 20.

C

Calumnia: 19, 51.
Capacidad: 9, 33, 34, 35, 36, 37, 39.
Carolina: 2.
Caso fortuito: 3, 6, 11, 13, 14, 38, 43, 45, 47.
Causalidad: 15, 36.
adecuación típica: 6.
adecuada: 6.
causa humana: 6.
concausas: 14.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

inadecuada: 14.
nexo de: 3, 6, 11, 13, 14, 15, 38, 43.
Circunstancias agravantes y atenuantes: 46.
Coacción: 11, 16, 30, 31, 41, 43, 48.
Código Civil: 25, 30, 37, 39, 44.
Código de Baviera: 43.
Código de Prusia: 30.
Código Penal: 22, 26, 34, 43.
de 1886: 31, 38, 43.
Cohecho: 20.
Comerciantes: 19, 51.
Comisión por omisión: 2.
Complicidad: 31, 51.
Condena: 51.
Condiciones objetivas de punibilidad: 51.
Conducta: 2.
delictiva: 19.
Consentimiento: 22, 25, 26.
Constitución Nacional: 3, 20, 28.
Contratos: 23.
Contravención: 14.
Corrupción: 19, 20.
"Crimen culpae": 46.
Criminalidad: 33, 35, 37, 38, 42, 48.
Cuasidelitos: 33, 45, 50.
Culpa: 4, 13, 14, 23, 30, 31, 32, 39, 42, 43, 44, 48.
clases: 45, 49, 50.
concurrente: 11, 15.
compensación: 15.
de la víctima: 14, 15.
Culpabilidad: 4, 9, 15, 18, 21, 30, 34, 40, 50.
concepción
normativa: 4, 42, 48.
psicológica: 30, 42, 48.
finalismo: 48.
formas: 43.
Cumplimiento del deber: 16, 22, 25.

D

Damnificado: 39.
Daño: 5, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 23, 30, 38, 43.
Deber de cuidado: 15, 40, 46.
Declaración de guerra: 51.
Defensa: 21.
social: 34, 40.
Delitos: 23, 42.
calificados por el resultado: 34, 43, 51.
civiles: 23, 44, 50.
contra la honestidad: 51.
culposos: 12, 18, 21, 31, 36, 39, 43, 45, 46, 48, 49, 50.
de acción privada: 51.
de omisión: 36.
dolosos: 12, 18, 31, 43, 49, 40.
especiales: 19.
elementos del: 18.
preterintencionales: 43.
propios: 19.
Demencia: 9, 38.
Dependiente: 10.
Deporte: 22.
Derecho: 5.
individuales: 20.
Derecho civil: 21, 23, 30, 34.
Derecho de retención: 25.
Derecho Penal: 22, 23, 34.
de autor: 34.
liberal: 20.
primitivo: 34.
Derecho Romano: 48.
Desistimiento: 5.
Desobediencia: 14.
Detenido: 19.
Dinero: 19.
Divorcio: 23, 51.
Documento: 19.
Dolo: 4, 13, 21, 27, 30, 42, 43, 48.
directo: 43.
"dolus non proesumitur": 43.
elementos: 44.
en el Código Civil: 44.
específico: 19, 44.
estructura, teorías: 44.
eventual: 19, 36, 43.
malo: 44.
necesario: 43.
Duelo: 19, 51.

E

Ebriedad: 9, 21, 36, 38, 39.
Edad: 19.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Empleado: 20.
Empresario: 20.
Encubrimiento: 51.
Enriquecimiento ilícito: 19.
Epilepsia: 39.
Equidad: 10, 22, 32, 38.
Error e ignorancia: 4, 16, 29, 30, 31, 38, 41, 43, 48.
de tipo y error de prohibición: 9.
Escuelas: 34, 43.
clásica: 34.
eclécticas: 34.
del Derecho Natural: 50.
política criminal: 34.
positiva: 34, 40.
Estado: 19, 30.
Estado de inconsciencia: 9, 38.
Estado de necesidad: 25, 27, 30.
exculpante: 49.
Estados fisiológicos y patológicos: 7.
Estupefacientes: 9, 36.
Estupro: 20.
Exceso: 21, 30, 31, 32, 38, 43.
Excusas absolutorias: 38, 41, 51.
Eximentes putativas: 48.
Extorsión: 19.

F

Fuerzas armadas: 19.
Fuerza física irresistible: 2, 3, 7, 10, 11, 16, 43, 48.
Fuerza mayor: 13.
Funcionarios: 17, 19, 29.

G

Guerra: 13.

H

Hecho
de la naturaleza: 38.
de terceros: 10.
humano: 3, 13.
ilícito: 1, 13, 23.
involuntario: 3, 10, 30, 42.
principal: 21.
Hermanos: 19.
Homicidio: 9, 12, 19, 25, 27, 31, 48, 50.
preterintencional: 47.
Hurto: 21.

I

Igualdad ante la ley: 48.
Ilicitud: 14, 20, 21, 22, 23.
Imbecilidad: 38.
Impericia: 43.
Imprudencia: 23, 31, 43, 46.
Imputabilidad: 7, 33, 38, 40.
disminuida: 37.
fórmulas: 35.
Inculpabilidad, causas de: 9, 11, 13, 24, 38, 48.
Incumplimiento contractual: 1, 50.
Individualización de la pena: 38.
Infanticidio: 19.
Inimputabilidad, causa de: 3, 9, 11, 34, 38.
Injurias: 25, 51.
Injusto: 13, 18, 22, 34.
Inmadurez: 38.
Instigación y ayuda al suicidio: 51.
Insuficiencia de las facultades: 35, 37.
Inteligencia: 48.
Intención: 23, 30, 31, 43.
Intereses: 14, 51.
Interpretación: 18, 19, 30.
gramatical: 22.
sistemática: 22.
Intimidación: 11, 19, 48, 49.
"Ius puniendi": 20.

J

Jefe de Estado: 19.
Justificación, causas de: 16, 18, 22, 24, 26, 28, 30, 34, 38.
legal y supralegal: 24.
específicas: 25.

L

Lagunas del derecho: 18.
Legítima defensa: 9, 25, 31.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo: 22.
Lesiones: 9, 12, 19, 25, 27, 50.
Ley Aquilia: 34, 50.
Ley de Partidas: 49.
Libertad: 3, 18, 23, 34, 37.
Libre albedrío: 34.
Lipotimia: 39.
Locura: 38.

M

Mar: 20.
Matrimonios ilegales: 19.
Médico: 19, 20.
Medida de seguridad: 9, 20, 34, 37.
Medios hipnóticos o narcóticos: 7, 19.
Menores: 9, 38, 39.
Ministerio fiscal: 21.
Miras deshonestas: 19.
Mismidad: 3.
Moral: 30.
Movimientos
fisiológicos: 7, 9.
instintivos: 9.
reflejos: 1, 3, 7, 8, 9.
Muerte del imputado: 51.
Mujer: 20.

N

Necesidad exculpante: 43.
Negligencia: 23, 32, 46.
Norma: 22, 34.
de cultura: 1.
"Nulla poena sine culpa": 39, 48.
"Nullum crimen sine lege": 43.
"Numerus clausus": 46.

O

Obediencia debida o jerárquica: 7, 16, 25, 29, 38.
Obligación de garantía: 23.
Obrero: 19, 20.
Omisión: 2.
Orador: 20.
Orden jurídico, unidad del: 1, 2, 22, 30, 50.
público: 23.

P

Participación: 7, 9, 11, 16, 19, 29, 40, 43, 51.
Patria potestad: 23.
Patrimonio: 30, 38.
Peligrosidad: 39, 43, 45.
Pena: 1, 20, 23, 31, 33, 34, 37, 38, 41, 46, 50.
Pérdidas: 51.
Perito o intérprete: 20, 38.
Personalidad: 34.
psicopática: 38.
Personas jurídicas: 10, 17, 19.
Poderes del Estado: 19.
Posesión: 25.
Potencia extranjera: 19.
Prescripción: 51.
Presupuestos procesales: 51.
Presunción del dolo: 43.
Pretensión punitiva: 51.
Preterintención: 30, 47.
Prevención general: 1.
Previsibilidad: 13, 14, 39.
Principios
de exterioridad: 3.
de irretroactividad de la ley: 18.
de legalidad: 18, 46, 50.
generales del derecho: 22.
Privación de la libertad: 22.
Proceso penal: 18, 20.
Profesión: 19.
Proyectos: 29, 31, 34, 36, 37, 38, 40, 42, 48.
Psicología: 35, 38.
Psicopatías: 38.
Psiquiatría: 35, 37, 38.
Punibilidad: 51.

Q

Quiebra: 20, 51.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

R

Rebelión: 51.
Reclusión: 37.
Renuncia del agraviado: 51.
Reparación de perjuicios: 10, 15, 23, 25, 32, 34, 51.
Representación: 43.
Resarcimiento: 32, 38, 46.
Resoluciones: 20.
Resocialización: 1.
Responsabilidad civil: 1, 9, 12, 14, 34, 39, 40, 49.
objetiva: 14.
por el riesgo, aquiliana y social: 10, 14, 30, 34, 36, 39, 50.
Resultado: 3, 4, 11, 14, 19, 30, 31, 34, 39, 43, 48.
Reunión: 20.

S

Salud: 19, 37, 38.
Sanción: 1.
Seguro: 27.
Semimputables: 37.
Sentencia: 21.
Servicio militar: 27.
Sexo: 19.
Sobreseimiento: 21, 28.
Sonambulismo: 2, 38.
Sordomudos: 38.
Sueño: 9.
Supresión y suposición de estado civil: 20.

T

Tabú: 34.
Temibilidad: 43.
Temor: 11, 31.
Tentativa: 5, 23, 36, 51.
Teoría
del conocimiento: 35.
del delito: 4, 42.
del riesgo: 10, 14, 30, 34, 50.
Terceros: 11, 14.
Tipo y tipicidad: 3, 9, 18, 22, 24, 26, 34, 36, 40, 46, 50.
atipicidad y ausencia de tipo: 9, 20, 21, 34, 44, 51.
carácter limitativo y garantizador: 18, 20.
elementos
descriptivos: 19.
núcleo: 19.
sujeto: 19.
normativos: 19, 22.
subjetivos: 4, 44, 48.
figura rectora: 20.
tipos abiertos: 18, 46, 50.
tipos permisivos: 18.
Traición: 51.
Trastorno mental transitorio: 37.
Tratamiento médico quirúrigco: 27.

V

"Versari in re illicita": 47.
Verbo rector: 19.
Vicios de las cosas: 14.
Violación de domicilio: 19, 21, 25.
de secretos: 21.
Violencia: 7, 11, 48.
"Vis absoluta": 7, 38.
Voluntad: 3, 9, 12, 18, 23, 31, 40, 43, 48.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com